

FILDELING I ET OPPHAVSRETTLIG PERSPEKTIV

Særlig om mellommennenes medvirkningsansvar.



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 617

Leveringsfrist: 26.04.2011

(* regelverk for masteroppgave på:

www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUR5030/reglement/vedlegg_emnebeskrivelse_masteroppgaver_JUR5030_5060.html)

Til sammen 17 485 ord

Innholdsfortegnelse

1	<u>INNLEDNING</u>	4
1.1	Opphavsrettens gjenstand og betydning	4
1.2	Problemstilling	5
1.3	Terminologi	6
2	<u>RETTSKILDEBILDE</u>	8
2.1	Innledende bemerkninger	8
2.2	Relevante lover	8
2.2.1	Åndsverkloven av 12. mai 1961 nr. 2 ("åvl.")	8
2.2.2	E-handelsloven av 23. Mai 2003 nr. 35 ("ehl.")	9
2.3	Rettspraksis	10
2.4	Internasjonale forpliktelser	10
2.5	Rettslitteraturen	11
3	<u>OPPHAVSMANNENS ØKONOMISKE ENERETT</u>	11
3.1	Presisering av kapittelets behandlingsområde	11
3.2	Det rettslige utgangspunktet	12
3.3	Eksemplarframstillingsretten	13
3.3.1	Eksemplarframstilling til privat bruk	15
3.4	Tilgjengeliggjøringsretten	18
3.4.1	Spredningsretten	18
3.4.2	Visningsretten	18
3.4.3	Fremføringsretten	19
3.4.3.1	Grensen mellom privat og offentlig fremføring	19

3.4.3.2	Eksemplarubundethet.....	21
4	<u>SANKSJONER MOT OPPLASTER OG NEDLASTERS</u>	
	<u>OPPHAVSRETTSKRENKELSER</u>	22
4.1	Innledning	22
4.2	Krenkelsesvurderingen	23
4.3	Sivilrettslige sanksjoner	23
4.3.1	Forbud mot bruk av verket	23
4.3.2	Krav om økonomisk kompensasjon	25
4.3.2.1	Erstatning	25
4.3.2.2	Oppreisning.....	27
4.4	Straff og inndragning	28
4.4.1	Straffehjemmel	28
4.4.2	Skyldspørsmålet.....	29
4.4.3	Straffespørsmålet	31
4.4.4	Inndragning.....	32
5	<u>MELLOMMENNENES MEDVIRKNINGSANSVAR.....</u>	33
5.1	Innledning	33
5.2	Det rettslige utgangspunktet.....	35
5.2.1	Medvirkningstillegget.....	35
5.2.2	Skyldvurderingen.....	37
5.3	Ansvarsfritakene i e-handelsloven	38
5.3.1	Mere conduite	39
5.3.2	Server-caching	39
5.3.3	Hosting.....	40
5.4	Typisk relevante momenter	41
5.4.1	Innledning.....	41
5.4.2	Formålsmomentet	41
5.4.3	Unnlatelsesmomentet.....	42
5.5	Typiske mellommenn	42

5.5.1	Innledning.....	42
5.5.2	Internettleverandører	43
5.5.3	Søkemotorer.....	44
5.5.4	Webhotell/tilbydere av lagringsplass på Internett	46
5.5.5	Hyperlinker/Linker/Pekere	48
5.5.6	Programutviklere	50
5.6	Fildelere under 15 år og erstatningsansvar.....	51
5.7	Informasjonsheleri	53
6	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>57</u>
6.1	Lov- og forarbeidsregister	57
6.2	Forskrifter	57
6.3	EU-direktiver og forordninger	58
6.4	Dommer	58
6.4.1	Nasjonale dommer.....	58
6.4.2	Utenlandske dommer.....	58
6.5	Juridisk litteratur	59
6.6	Nettsider	59
6.7	Intervjuer	59

1 Innledning

1.1 Opphavsrettens gjenstand og betydning

*”Åndsverkene er like internasjonale som tanken, og det er som å sette gjerder i oceanet, å ville stenge dem inne på et bestemt landområde.”*¹ Ragnar Knoph karakteriserer her et av kjennetegnene ved opphavsretten. I motsetning til tingsretten, hvor gjenstandene er av fysisk art og således disponeres av den som har rett som eier eller av den som har gjenstanden i sin besittelse, er ikke åndsverkene en fysisk gjenstand og misbruk kan ikke hindres ved at opphavsmannen har åndsverkene i sin besittelse. Dette gjør åndsverkene også sårbare for utnyttelse på tvers av landegrensene.

Opphavsretten er en relativt ung rettsdisiplin. En kan tenkes at opphavsmennenes behov for beskyttelse av sine verk, utover beskyttelse for hvert enkelt verk gjennom den ordinære tingsretten, har vært minimal før mulighetene til utnyttelse og dermed krenkelse av åndsverkene har blitt enklere gjennom de senere årenes teknologiske utvikling. Det har likevel alltid vært en mulighet til å etterligne åndsverk, på samme måte som åndsverket selv har oppstått. Eksempelvis kan et maleri alltid etterlignes eller kopieres ved å male et tilnærmet likt maleri. Likevel vil det kunne hevdes at det var først når Gutenbergs boktrykker gjorde det mulig å massekopiere tekst, at behovet for regulering av rettigheter knyttet til åndsverk meldte seg. I dag kan hvem som helst kopiere, etterligne eller bearbeide alle former for verk. Dette gjøres ved bruk av utstyr som de fleste har i hjemmene sine.

Det er ikke bare krenkelse av opphavsretten ved ulovlig eksemplarframstilling som er blitt mer aktuelt i nyere tid. Internett har gjort tilgjengeliggjøring av bilder, filmer og andre gjenstander, som kan være beskyttet av opphavsretten, enkelt uten at opplaster eller nedlaster trenger noen spesiell kompetanse for å få det til.

¹ Knoph: *”Åndsretten”* side 169.

Dataalderen har i det hele tatt muliggjort utnyttelse av åndsverk og deling av åndsverk på en mye mer omfattende måte enn hva som var mulig tidligere både ved at mengden data som kan overføres er stor i forhold til tiden det tar, og kvaliteten på kopiene kan gjøres så bra at det nødvendigvis ikke er noen kvalitativ forskjell mellom kopien og originalverket. På denne måten kan kvaliteten tilsi at kopien nærmest er i direkte konkurranse med originalverket.

Det er i utgangspunktet opphavsmannen selv om blir skadelidende som følge av en krenkelse. I tillegg kan en krenkelser gå ut over tredjeparter som eksempelvis forvalter opphavsmannens enerett. Bjørn Rogstad, general manager i EMI Music Norway, illustrerer hvor alvorlig fildeling er for opphavsmennene og andre som er indirekte berørt: *"Det er vanskelig å drive restaurant hvis maten er gratis."*² Store muligheter for deling av åndsverk krever effektiv opphavsrettslig regulering. I tillegg må følgene av opphavsrettslige krenkelser være tydelige. Det er disse følgene denne fremstillingen har til hensikt å gjøre så klar og tydelig som mulig.

1.2 Problemstilling

Selv om det gjennom ny teknologi stadig utvikles nye og enklere muligheter for utnyttelse av åndsverk, er gjeldende rett i stor grad tilpasset ved å være dynamisk og ikke minst uavhengig av hvilken teknologi som benyttes til å gjennomføre fildelingen. Fremstillingen forutsetter at åndsverkene, som er gjenstand for krenkelse, er opphavsrettslig beskyttet i Norge. På denne måten kan opphavsmannen, ved hjelp av norske domstoler, ivareta eneretten sin.

Denne fremstillingen vil fokusere på krenkelse av åndsverk ved ulovlig eksemplarfremstilling og tilgjengeliggjøring for allmennheten ved deling av filer over Internett. Det er grensene for straff- og erstatningsansvaret som følger av krenkelse av opphavsmannens økonomiske enerett til verket som gjøres rede for. Det er helt nødvendig å gjøre grensene for hvor langt opphavsmannens økonomiske enerett rekker før et eventuelt straff- og erstatningsansvar kan vurderes.

² Intervju av Bjørn Rogstad i kortfilmen "Urospredere", 2009.

Fildeling over internett er avhengig av flere ledd utover opplaster og nedlaster. Disse leddene har forskjellig funksjon og hensikt, og kan derfor vanskelig sammenlignes. Et mellomledd kan eksempelvis være en bredbåndleverandør som sørger for nettilgang for både opplaster og nedlaster av opphavsbeskyttet materiale. Videre kan en bestemt programvare muliggjøre fildelingen. Webhotell kan bidra med lagringsplass og fungere som en mellomstasjon. Det er i utgangspunktet ingen grenser for hvem som kan anses som et mellomledd det gjennomføres en fildeling. Satt på spissen, kan den tenkelig mellommann være kameraten som viser opplaster hvordan filer både kan laste opp og lastes ned.

Hovedtyngden av fremstillingen vil utgjøre grensene for mellommannens medvirkningsansvar. Målet er å trekke en så klar grense som mulig for hvor langt dette medvirkningsansvar når. Konkrete mellomledd, kjent fra problemstillinger fra rettspraksis vil bli brukt for å konkretisere. Mellomleddene drøftes under ett så langt som mulig før grensene blir nærmere trukket for konkrete mellomledd. Ettersom konkrete mellommenn er valgt på bakgrunn av rettspraksis, kan det i fremtiden være andre typer mellomledd som er mer aktuelt å vurdere. Det er vanskelig å spekulere i hvordan denne utviklingen vil foregå. Fremstillingen vil derfor holde seg til mellomledd som er interessante i dag.

1.3 Terminologi

Fremstillingen vil ikke gå inn på tekniske faguttrykk eller hvordan fildelingen teknisk gjennomføres i større grad enn hva som er nødvendig for å svare på fremstillingens problemstilling.

Fremstillingens nøkkelbegrep er ”fildeling”. Det fremgår at ordet ”fil”, i edb-sammenheng, betyr ”en ordnet mengde sammenhørende data”.³ En fil er kan også forstås som en fornsorkning av det engelske ordet file – som kan oversettes til arkiv. Likevel trenger ikke en fil å være et arkiv i språklig forstand. I denne fremstillingen er det mest naturlig å se på filer som inneholder åndsverk, eksempelvis bilder, musikk eller film. Likevel er i utgangspunktet alle former for verk, som kan lagres som en fil,

³ ”Bokmålsordboka” – Kunnskapsforlaget 2005.

dekket av fremstillingen. Fildeling er i utgangspunktet, ut i fra en språklig vurdering, å gjøre en fil tilgjengelig for en annen part slik at filen kan lastes ned og med dette deles mellom to eller flere personer. Det er mest praktisk for fremstillingen å se på fildeling over Internett. Det er også dette som ligger i ”fildeling” der dette begrepet brukes i fremstillingen. Likevel kan fildeling skje ved å legge filen på et lagringsmedium, eksempelvis en USB-pinne eller en ekstern harddisk, så selve delingen skjer fysisk. Det blir særlig omtalt i fremstillingen dersom fildelingen er gjort på en slik måte.

Den som sender eller på annen måte gjør filen tilgjengelig, kalles i denne fremstillingen for opplaster. Den som tar i mot eller laster ned filen på annen måte, kalles for nedlaster. I tillegg brukes også gjerningsmann eller skadevolder hvor det et straff- eller erstatningsansvar blir drøftet.

Foruten opplaster og nedlaster, blir også mellommannens medvirkningsansvar gjort rede for. Med mellommann menes her alle ledd som bidrar til å gjøre fildelingen mulig eller forsterker virkningen av opplasterens virksomhet. Eksempler på mellomledd kan være programutviklere, webhotell, bredbandleverandører osv. Der fremstillingen bruker disse konkrete mellomleddene vil en nærmere definisjon komme av mellomleddet i det omfanget som er nødvendig for å svare til fremstillingens problemstilling.

Om mellommannen er en fysisk- eller juridisk person er først og fremst relevant i forhold til straffespørsmålet. En organisasjon kan nødvendigvis ikke straffes med samme midler som en fysisk person. I straffesaker hvor en fysisk person kan ilegges fengselsstraff, kan en organisasjon ilegges foretaksstraff etter strl. § 48. Den videre fremstillingen vil være nøytral i forhold til om det er en fysisk eller juridisk person som kan ilegges straff.

2 Rettskildebilde

2.1 Innledende bemerkninger

Dette kapittelet tar for seg de viktigste rettskildefaktorene som må vurderes ved spørsmål om opphavsrett i norske domstoler. Enhver norsk statsborger eller person som er bosatt i riket som er opphavsmann til et verk kan påberope seg opphavsrettslig vern etter åndsverkloven.⁴ Loven får for det første anvendelse dersom et åndsverk først er utgitt i Norge, jf. § 57 første ledd litra b. For det andre er det enkelte spesialbestemmelser knyttet til byggverk, verk innføyd i bygg eller anlegg, og film og fjernsynsverk, jf. § 57 første ledd – litra c-e.

Åndsverk med en nærmere tilknytning til en fremmed stat, som ikke faller inn under anvendelsesområde i åvl. kapittel 8, kan likevel få beskyttelse under forutsetning av gjensidighet, jf. § 59 første ledd. Det følger av utenlandsforskriften § 6-1 flg. at opphavsmenn knyttet til fremmed stat innenfor EØS, knyttet til Bernkonvensjonen, WTO/TRIPS og Verdenskonvensjonen kan nyte samme opphavsrettslige beskyttelse i Norge som verk skapt av norsk opphavsmann.⁵ Fremstillingen reiser ingen problemstillinger knyttet til dette, men forutsetter at åndsverkene i fremstillingen har beskyttelse i Norge. Typiske rettskilder fra utlandet, for eksempel utenlandsk rettspraksis, kan også være av betydning.

2.2 Relevante lover

2.2.1 Åndsverkloven av 12. mai 1961 nr. 2 ("åvl.")

Åndsverkloven er et resultat av et ønske om en nordisk rettsenhet på opphavsrettens område. Loven har vært endret en rekke ganger, både for å holde følge med mulighetene for å utnytte åndsverk som har oppstått med ny teknologi, og for å overholde internasjonale forpliktelser. I forkant av lovendringene blir det gjort forarbeid. Disse kan bidra til å løse tolkningsspørsmål som måtte dukke opp. I det minste kan forarbeidene gjøre rede for formålet med lovendringen og gi et signal om hva som er lovgiverviljen.

⁴ åvl. § 57 første ledd litra a.

⁵ Forskrift til åndsverkloven av 21. desember 2001 nr. 1563.

Åndsverkloven hjemler først og fremst opphavsmannens økonomiske og ideelle rettigheter til åndsverket, jf. § 1. For å vurdere rekkevidden av et straffansvar og et erstatningsansvar for opplaster og nedlaster, samt mellommennene, er det først og fremst grensene for opphavsmannens økonomiske enerett til åndsverket som er relevante. Opphavsmannen har i utgangspunktet enerett til to beføyelser i forhold til åndsverket – eksemplarframstilling og tilgjengeliggjøring for allmennheten, jf. § 2. Eksemplarframstillingsretten blir innskrenket av en fribruksregel i § 12 hvor enkelte eksemplarer kan fremstilles til privat bruk uten å krenke opphavsmannens enerett. Tilgjengeliggjøringsretten blir innskrenket på samme måte, men direkte av samme hjemmel. Her faller i utgangspunktet all tilgjengeliggjøring innenfor den private sfære utenfor opphavsmannens enerett.

Åndsverkloven er i stor grad preget av avtalefrihet. Det er bred adgang for opphavsmannen å overdra de økonomiske rettighetene til hvem han måtte ønske, jf. § 39 første ledd. Flere bestemmelser kan bidra til å utfylle avtaler om overdragelse, fremføring og mangfoldiggjøring, se §§ 39 c – 39 f. Det finnes også en egen tolkningsregel for slike avtaler i loven. I § 39 a fastslås det at erververen ikke kan bruke verket på andre måter eller ved andre midler enn hva som følger av avtalen. Det vil si at bruk som ikke blir overdratt vil være en krenkelse av opphavsmannens enerett til verket. Ved avtaletolkning må denne tolkningsregelen suppleres av alminnelige tolkningsregler.

Når rekkevidden av opphavsmannens enerett til åndsverket er fastsatt må et eventuelt straffansvar og erstatningsansvar hjemles i § 54 om straff for krenkelse av opphavsretten og § 55 erstatning for krenkelse av opphavsretten. I utgangspunktet er det etter alminnelige erstatningsregler som kommer til anvendelse. Det vil si at det i utgangspunktet kun kan kreves erstatning for økonomisk tap. Likevel kan retten tilkjenne skadelidende oppreisning for skade av ikke-økonomisk art, jf. § 55 første ledd – siste punktum. Ifølge § 56 kan ulovlige eksemplarer av åndsverk inndras ved dom.

2.2.2 E-handelsloven av 23. Mai 2003 nr. 35 ("ehl.")

E-handelsloven er basert og gjennomfører e-handelsdirektivet og har til formål å "*sikre fri bevegelse av informasjonstjenester innenfor EØS*", jf. ehl. § 1 første ledd. I

utgangspunktet gjelder de alminnelige reglene for straff- og erstatningsansvar for alle tjenesteytere. Likevel hjemler loven ansvarsfrihet for tjenesteytere som tilbyr mere conduite-, server cache- og hostingtjenester, jf. §§ 16-18. Dette innebærer at mellommenn som overfører informasjon, gir tilgang til et kommunikasjonsnettverk eller lagrer informasjon kan bli fritatt fra et straff- og erstatningsansvar som måtte oppstå på grunn av et medvirkningsansvar. Det først og fremst selskap som opptrer som tjenesteyter, men dette er ikke til hinder for at også personer kan få ansvarsfritak.

2.3 Rettspraksis

Det er først og fremst norske dommer som sier noe om grensene for opphavsmannens økonomiske enerett eller grensene for når erstatnings- og straffansvar inntre som er relevant for fremstillingen. Selv om det klare utgangspunktet er at internasjonal rettspraksis ikke har noen rettskildemessig relevans i Norge, kan også utenlandske dommer være relevante. Dette kan eksempelvis være argumenter om verdibetraktninger som også kan være av betydning dersom gjeldende rett er taus eller uklar. I tillegg kan utenlandsk rettspraksis gjøre problemstillinger tydelige og aktuelle.

Det først og fremst annen nordisk rettspraksis som kan være relevant. Ettersom åndsverkloven er et resultat av nordisk lovsamarbeid vil de materielle reglene være like. Det betyr likevel ikke at en domstol i Norge og en domstol i Sverige vil komme til samme resultat dersom den samme saken skulle avgjøres. Dette betyr at argumentene som blir brukt i en dom i eksempelvis Sverige ofte kan benyttes direkte også i norsk rett. Når det gjelder rettspraksis fra nasjoner knyttet til EU eller EØS kan den rettskildemessige relevansen være større. Den materielle retten her er gjerne nærmere beslektet enn utenfor EU og EØS. Dette fordi nasjonene blir bundet av direktiver som regulerer opphavsrett gjennom EU og EØS-avtalen.

2.4 Internasjonale forpliktelser.

Opphavsretten har en internasjonal dimensjon. Regulering av opphavsrett i en stat uten at åndsverkene også er beskyttet mot misbruk i andre stater, hadde gjort opphavsretten ubrukelig. De fleste stater har derfor bundet seg til en eller flere konvensjoner som tar vare på opphavsmennenes rettigheter. Eksempelvis kan nevnes Bernkonvensjonen om vern av litterære og kunstneriske verker av 9. september 1886. Per 1. april 2009 er 164

land tilknyttet Bernunionen. I tillegg er flere andre land automatisk forpliktet til å følge konvensjonen gjennom WTO. Konvensjonen sikrer opphavsmennene en rekke minimumsrettigheter og fastsetter videre enkelte prosessuelle regler. Ettersom så mange land er tilknyttet denne konvensjonen må innholdet nærmest tillegges vekt på linje med jus cogens-regler, uten at dette er sikker rett. Gjennom EØS-avtalen er Norge forpliktet til å følge flere direktiver fra EU. Det er verdt å merke seg at disse reglene er gitt forrang ved motstrid i forhold til nasjonal rett.⁶

2.5 Rettslitteraturen

Rettslitteratur kan i utgangspunktet være enhver rettsoppfatning. Likevel er det først og fremst rettsvitenskapelig litteratur som kan være en relevant rettskildefaktor.

Fremstillingene er gjerne skrevet av personer med spesialkompetanse på feltet og således har god oversikt over rettsområdet.

Jeg ønsker å trekke frem Rognstad "*Opphavsrett*" som en god innføring til opphavsrett. Fremstillingen gir god veiledning på hvordan rettsområdet kan systematiseres. Videre gir Rieber-Mohn "*Digital privatkopiering*" god veiledning hva gjelder grensene for eksemplarframstilling til privat bruk. Knophs maksime gir tilsvarende et godt utgangspunkt for grensene for tilgjengeliggjøringsretten, noe som også har blitt brukt i rettspraksis.⁷ Eskeland gir i "*Strafferett*" en god fremstilling av alminnelig strafferett hvor gode vurderinger hva angår skyldspørsmålet og medvirkning finnes.

3 Opphavsmannens økonomiske enerett

3.1 Presisering av kapittelets behandlingsområde.

Forutsetningen i dette kapittelet er at det foreligger et opphavsbeskyttet åndsverk. Det vil si at en eller flere personer har skapt noe på det kunstneriske eller litterære området som svarer til vilkåret om verkshøyde. Vilåårene for om det foreligger et åndsverk vil ikke bli videre behandlet i fremstillingen. De nærmere grensene for opphavsmannens

⁶ EØS § 2

⁷ Rt. 1953 side 633.

økonomiske enerett vil her forsøkt bli trukket innenfor formålet av problemstillingen. Opphavsmannens ideelle rettigheter vil således bli holdt utenfor.

3.2 Det rettslige utgangspunktet

Etter åvl. § 2 første ledd har opphavsmannen ”enerett til å råde over åndsverket ved å fremstille varig eller midlertidig eksemplar av det og ved å gjøre det tilgjengelig for almenheten.” Dette gjelder uansett om verket er i opprinnelig eller endret skikkelse.

Oversettelser eller bearbeidelser faller også inn under opphavsmannens enerett.

Uttrykket er ikke bundet til en type teknologi, noe som betyr at eksemplarfremstillingsretten og tilgjengeliggjøringsretten er like gjeldende uansett hvilket medium som blir brukt for å gjøre verket tilgjengelig og uansett hva slags verktøy som blir brukt for å fremstille eksemplarer av verket.

Den økonomiske eneretten kan ha både en positiv og en negativ side. Den positive siden er retten opphavsmannen selv har til å råde over åndsverket ved å gjøre den tilgjengelig for allmennheten eller fremstille eksemplarer av den. Opphavsmannen har selv rett til å velge om verket skal gjøres tilgjengelig for allmennheten og hvor mange eksemplarer som skal fremstilles. Dette gjelder eksempelvis uansett om musikkverket skal gjøres tilgjengelig ved å selges over disk i butikk eller gjennom iTunes. Den negative siden er retten opphavsmannen har til å nekte andre å råde over åndsverket på en slik måte at opphavsretten er krenket. På denne måten er det ingen som har rett til å fremstille eksemplarer eller gjøre verket tilgjengelig for allmennheten i større grad enn hva opphavsmannen selv tillater. Utnyttelse av verket beror på samtykke fra opphavsmannen. Videre innskrenkes eneretten av lovregler, som eksempelvis lånereglene eller reglene om vernetid. Disse vil ikke bli behandlet ettersom det har blitt forutsett at verket er beskyttet av opphavsretten.

Etter § 1 er det ”den som skaper et åndsverk” som har opphavsretten til det. Selv om ordet ”den” gir uttrykk for at det er kun en person som kan ha opphavsrett til verket, er dette ikke riktig. Det er ingenting i veien for at verket har flere opphavsmenn. Ved fellesverk er det to eller flere opphavsmenn til samme åndsverk ”uten at de enkelte ytelser kan skilles ut som særskilte verk”, åvl. § 6 første ledd. På denne måten har både Tiedemann og Gude opphavsrett til maleriet ”Brudeferd i Hardanger”, ettersom det ikke

lar seg gjøre å skille Tiedemanns åndsverk fra Gudes. Fellesverk må skilles fra både sammensatte verk og samleverk. Den store forskjellen er at sammensatte verk består av flere åndsverk som klart kan skilles fra hverandre. Eksempelvis vil det være et sammensatt verk dersom en musiker setter musikk til et dikt. Her kan både musikken og diktet skilles fra hverandre. Samleverk består også av flere verk som kan skilles fra hverandre. Et typisk eksempel på et samleverk er samleplaten Absolute Music. Opphavsmannen bak et samleverk har imidlertid bare opphavsrett til sammenstillingen av verkene.

Videre er det kun fysiske personer som kan ha opphavsretten til et verk. Et selskap eller annen juridisk person kan aldri skape noe av seg selv, men fysiske personer knyttet til et selskap eller annen juridisk person kan skape et åndsverk. Det er ingenting i veien med at fysiske personer overdrar de økonomiske rettighetene til juridiske personer, jf. åvl. § 39 første ledd. På samme måte som at en juridisk person ikke kan være opphavsmann til et åndsverk, kan heller ikke ting eller levende skapninger, annet enn fysiske personer, være opphavsmann til et verk. Dette må ses i sammenheng med at eksempelvis en ting eller et dyr ikke har partsevne, jf. tvl. § 2-1. En fysisk person kan heller ikke påberope seg enerett til noe naturen har skapt da personen selv ikke ”skaper et åndsverk”. Åndsverk med ukjent opphavsmann kan heller ikke utnyttes av hvem som helst. Utgangspunktet blir derfor at den ukjente opphavsmannen har eneretten i behold. Mulighetene til samtykke til bruk for andre blir derfor ikke-eksisterende. Bruk kan likevel tenkes dersom vernetiden har løpt ut eller at lånereglene åpner for begrenset bruk.

3.3 Eksemplarframstillingsretten.

Opphavsmannen har i utgangspunktet enerett til å ”fremstille varig eller midlertidig eksemplar” av verket, jf. åvl. § 2 første ledd. Videre i andre ledd følger det at ”overføring til innretning som kan gjengi verket” også regnes som eksemplarframstilling.

Eksemplarframstillingsretten er teknologinøytral. Det vil si at enhver eksemplarframstilling i enhver form eller lagret på ethvert medium blir dekket av denne retten. Eksempelvis vil eksemplarframstillingsretten dekke en prosess som skaper en

digital fil av en analog videokassett forutsatt at innholdet svarer til vilkårene for å være et åndsverk. På samme måte kan et maleri kopieres ved å benytte samme teknikk som opphavsmannen brukte for å skape originalmaleriet. Det skjer også en eksemplarframstilling hvor en laster ned en fil fra en opplaster. Filen blir ikke flyttet fra opplaster til nedlaster, men den blir kopiert slik at nedlaster sitter igjen med et eget eksemplar av filen.

Et varig verk er konstruert enten i en mer varig form eller hensikt enn hva et midlertidig eksemplar er ment for. Det følger av forarbeidene at midlertidige lagringer på datamaskiner omfattes av eksemplarframstillingsbegrepet.⁸ Dette gjelder uavhengig av lagringens varighet eller selvstendighet. Et midlertidig eksemplar er typisk midlertidig lagring på datamaskinen for enklere å laste ned websider. I disse tilfellene er ikke hensikten å lage et eksemplar for at brukeren senere kan hente frem verket, men eksempelvis å gjøre nedlastningen av websiden mer effektiv. I § 11 a blir det fastsatt at ”når tilfeldig eller forbigående framstilling av midlertidige eksemplarer utgjør en integrert og vesentlig del av en teknisk prosess som har til eneste formål å utgjøre enten lovlig bruk av verk eller overføring i nettverk av et mellomledd på vegne av tredjeparter” faller den utenfor opphavsmannens økonomiske enerett etter § 2. Slik midlertidig eksemplarframstilling er først og fremst praktisk ved bruk av datamaskiner. Ettersom det må være ”tilfeldig eller forbigående framstilling” må dette, etter en naturlig forståelse av bestemmelsens ordlyd, tyde på at brukeren av en datamaskin nærmest ikke har noen reell kontroll eller befatning med eksemplarframstillingen.

I en fildelingssituasjon kan det tenkes flere eksemplarframstillinger. Det kan tenkes en eksemplarframstilling hvor en person skaper en datafil fra eksempelvis en CD- eller DVD-plate. Her må denne digitaliseringen regnes som en eksemplarframstilling ettersom det skapes en eller flere filer som gjengir innholdet av verket. Dersom denne datafilen deles over Internett vil nedlasteren kopiere datafilen slik at datafilen hos nedlasteren blir en selvstendig eksemplarframstilling. Det vil også skje en eksemplarframstilling hvor en musikkfil blir kopiert fra datamaskinen til en bærbar

⁸ Ot. prp. nr. 46 (2004-05) s. 16 flg.

musikkspiller ettersom musikkspilleren må ha et eget eksemplar av filen for å kunne spille av musikken.

I utgangspunktet dekkes all eksemplarframstilling, enten det er innenfor eller utenfor den private sfære. Det finnes imidlertid en fribruksregel som innenfor visse rammer tillater eksemplarframstilling til privat bruk, jf. åvl. § 12.

3.3.1 Eksemplarframstilling til privat bruk

Det er først og fremst fribruksregelen om eksemplarframstilling til privat bruk som er relevant i forhold til en problemstilling om fildeling. I utgangspunktet er all eksemplarframstilling omfattet av opphavsmannens enerett. Likevel er det gjort et unntak for disposisjoner som faller innenfor den private sfære. *”Når det ikke skjer i ervervsøyemed, kan enkelte eksemplar av et offentliggjort verk fremstilles til privat bruk,”* jf. § 12 første ledd første punktum. Denne regelen gjør at all eksemplarframstilling som faller inn under § 12 kan utøves uten at opphavsmannen kan nekte eksemplarframstilling eller kreve vederlag for den.

En naturlig forståelse ved ”ervervsøyemed” er at eksemplarframstillingen ikke må skje med hensikt om å tjene penger. Med en forståelsen lagt til grunn må det være greit at det ikke er til hinder for eksemplarframstilling dersom mottakeren av eksemplaret bærer kostnadene til framstillingen. Forarbeidene sier at bestemmelsen *”ikke rekker så langt som til å tillate en kopieringsvirksomhet som kommer til å virke som regulær økonomisk konkurranse med opphavsmennene.”*⁹ Videre fastsettes det at forbudet mot kopiering i ervervsøyemed ikke omfatter ”enhver kopiering som har et ervervsmessig anstrøk.”¹⁰ Dersom hovedmotivasjonen ved eksemplarframstillingen er å tjene penger må dette tale sterkt mot at framstillingen skjer innenfor den private sfære. Dette kan indirekte sies å gå utover eventuell omsetning for opphavsmannen.

Videre heter det at det kun er ”enkelte eksemplarer” som kan fremstilles. Det er mest naturlig å forstå dette som en kvantitativ begrensning til antall eksemplarer som kan fremstilles uten at opphavsmannens økonomiske enerett er krenket. Det må derfor

⁹ Innst. O. XI (1960-1961) side 18.

¹⁰ I.c.

trekkes en grense i hvert enkelt tilfelle hvor mange eksemplarer som kan fremstilles. Forarbeidene fastslår at antallet varierer blant annet etter ”*hva slags verk det er tale om, verkets omfang, hvor stor del av verket som gjengis på eksemplaret, arten av det eksemplar som fremstilles og om eksemplaret gjengir verket i samme form som gjengivelsen det fremstilles fra, og hva slags bruk det tas sikte på.*”¹¹ Listen over relevante momenter fremstår ikke som uttømmende. Videre må det ses i sammenheng med begrensningen om at eksemplarframstillingen bare kan skje til ”privat bruk”, jf. § 12 første ledd første punktum.

Med ”privat bruk” betyr det at eksemplarframstilling bare kan skje uten krenkelse av opphavsmannens enerett dersom det skjer innenfor den private sfære. Det må her trekkes en grense til når eksemplarframstillingen faller utenfor ”privat bruk”. Det følger av forarbeidene at ”privat bruk” favner videre enn personlig bruk.¹² Dette tyder på at eksemplarframstilling også kan gjøres, uten å være i strid med eneretten, selv om eksemplaret som fremstilles ikke bare skal brukes av den som har eiendomsretten til verket.

I Rt. 1991 side 1296 var spørsmålet om distribusjon av en rekke egenkopierte filmer på sin arbeidsplass falt inn under fribruksregelen i åvl. § 12. Høyesterett uttalte at ”*kopiering til bruk for arbeidskolleger må kunne skje med hjemmel i § 12 dersom disse også er personlige venner, og kanskje også i noe større utstrekning.*” Likevel kom Høyesterett til at det ”*ikke var noen kontakt som kan sammenlignes med et vennskapsforhold*”. Et annet moment som ble lagt vekt på var omfanget av den samlede utlånsvirksomheten ”*ikke anses ubetydelig*”. Derfor ble resultatet at fribruksregelen ikke kunne benyttes i denne saken og opphavsmannens økonomiske enerett var krenket. Med dette signaliserer Høyesterett at grensen for fribruksregelen kan også tenkes å gå utover den omgangskretsen som kalles personlige venner. Omfanget av eksemplarframstillingen må likevel være av betydning.

¹¹ Ot. prp. nr. 15 (1994-95) side 38.

¹² Ot. prp. nr. 26 (1959-60) side 31.

*”Privatbrukskriteriet er heller ikke blitt ansett å være til hinder for at eksemplarer kan fremstilles ved bruk av fremmed hjelp.”*¹³ Dette kan tale for at det ikke er avgjørende hvem som rent fysisk står for eksemplarframstillingen, men heller hvem som er ansvarlig. I § 12 tredje ledd er det likevel enkelte verk som ikke kan fremstilles ved bruk av fremmed hjelp. Dette gjelder musikkverk i litra a, filmverk i litra b, diverse kunstgjenstander i litra c, og kunstneriske gjengivelser av andre kunstverk i litra d. Dette er en imidlertid en lite praktisk problemstilling knyttet til ulovlig fildeling og vil ikke bli behandlet ytterligere.

Det er i utgangspunktet uten betydning hvordan en eksemplarframstilling gjennomføres rent teknisk. Forutsetningen er for et ansvar hos eksemplarframstilleren er imidlertid at opplasteren selv har krenket opphavsmannens tilgjengeliggjøringsrett. Det kan tenkes at en eksemplarframstilling kan komme inn under fribruksregelen i åvl. § 12. Det avgjørende må være at det må være et personlig bånd mellom tilgjengeliggjøreren og eksemplarframstilleren. Dersom kommunikasjonsprogram som muliggjør deling av filer mellom to kjente brukere kan det derfor tenkes at den eksemplarframstillingen som skjer på nedlasterens maskin kan falle inn under fribruksregelen i åvl. § 12. Likevel må dette vurderes i forhold til omfanget av fildelingen. Dersom filen blir delt til mange innenfor grensen av de personene en har et personlig bånd til og til mange utenfor denne kretsen vil det være tvil om slik eksemplarframstilling er greit. Spørsmålet kan oppstå i forhold til venners venner hvor det personlige forholdet ikke nødvendigvis eksisterer. Langt utenfor fribruksregelen i § 12 må det være klart at massefildeling hvor programvare gjør det mulig å dele til personer i hele verden uten at opplaster har noen befatning med hvem som kan laste ned, faller langt utenfor hva formålet med denne fribruksregelen er. Pirate Bay er typisk et slikt forum hvor fildeling kan gjennomføres uten at opplaster har noen befatning med hvem som laster ned filen. Selv om dette ikke skjer i direkte ervervsvirksomhet, må det likevel falle langt utenfor grensene for privat bruk.

¹³ Rieber-Mohn: *”Digital privatkopiering”* side 107.

3.4 Tilgjengeliggjøringsretten

Etter åvl. § 2 første ledd har opphavsmannen enerett til å råde over verket ved å gjøre det ”*tilgjengelig for almenheten*.” Det fremgår av forarbeidene at eneretten til å gjøre verket tilgjengelig omfatter enhver måte å gjøre allmennheten kjent med verket på.¹⁴ Tilgjengeliggjøring innenfor den private sfære faller utenfor opphavsmannens enerett. Dette er en grense som må vurderes konkret ved hvert enkelt tilfelle.

Videre i § 2 tredje ledd heter det at verket gjøres tilgjengelig ved spredning, visning eller fremføring. Hver av disse beføyelsene vil her bli drøftet hver for seg.

3.4.1 Spredningsretten

Et åndsverk gjøres tilgjengelig for allmennheten ved spredning dersom et eller flere eksemplar av verket frembys til salg, utleie eller utlån eller på annen måte spres til allmennheten, jf. åvl. § 2 tredje ledd – litra a. Spredning innenfor den private sfære faller utenfor spredningsretten. Videre er spredningsretten eksemplarbundet. Det vil si at det må være et fysisk eksemplar som frembys. Det er ikke noe vilkår etter loven at det må frembys flere eksemplarer. Et eksemplar er således tilstrekkelig.

Språklig sett hadde det vært mer naturlig å anse fildeling som ulovlig spredning av åndsverk, og ikke ulovlig fremføring. Likevel er det fremføringsretten som krenkes i en ulovlig fildelingssituasjon. Ettersom spredningsretten er eksemplarbundet er ikke denne beføyelsen relevant i forhold til problemstillingen. Spredningsretten vil derfor ikke bli ytterligere behandlet.

3.4.2 Visningsretten

Dersom et eksemplar av verket vises offentlig uten bruk av tekniske hjelpemidler dekkes det av opphavsmannens visningsrett, jf. § 2 tredje ledd – litra b. Visning innenfor den private sfære faller utenfor. Det er derfor sikkert at en familie kan sette på en DVD-film i stua uten å risikere å bryte opphavsmannens visningsrett.

Det følger av åvl. § 2 tredje ledd litra b at visningsretten gjelder ”uten bruk av tekniske hjelpemidler.” I dette ligger det at også visningsretten er eksemplarbundet. Det er derfor

¹⁴ Ot. prp. nr. 26 (1959-60)

bare visning av fysiske eksemplarer som dekkes av visningsretten. Ettersom visningsretten er eksemplarbundet, er den ikke relevant i forhold til fremstillingens problemstillingen. Derfor blir ikke denne retten ytterligere drøftet.

3.4.3 Fremføringsretten

I utgangspunktet har opphavsmannen enerett til å fremføre verket offentlig, jf. åvl. § 2 tredje ledd litra c. En normal språklig forståelse av ”fremføring” vil gjerne peke mot at et verk blir fremført foran en forsamling. Likevel favner åndsverkslovens fremføringsbegrep mye videre enn som så. Det følger av § 2 fjerde ledd at offentlig fremføring også regnes som *”kringkasting eller annen overføring i tråd eller trådløst til allmennheten.”* Etter som ”kringkasting” går under fremføringsbegrepet dekkes eksempelvis radio- og TV-sendinger. Her går begrepet utover fremføring foran en forsamling som er tilstede. Videre i fjerde ledd heter det at fremføring dekker også *”når verket stilles til rådighet på en slik måte at den enkelte selv kan velge tid og sted for tilgang til verket.”* Rent språklig hadde det vært mer passende å si at en slik tilgjengeliggjøring er en del av spredningsretten. Likevel er ingen tvil om at fremføringsretten også dekker verk som ligger ute på Internett hvor brukerne selv velger når og hvor nedlastningen skal skje. Dette være seg on demand-tjenester hvor brukerne selv betaler for å få tilgang på et bestemt åndsverk eller hvor en fil ligger tilgjengelig for nedlastning på andre måter. På denne måten favner fremføringsbegrepet så vidt at sammenholdt med spredningsretten og visningsretten dekkes alle tenkelige offentlige tilgjengeliggjøringer.

3.4.3.1 Grensen mellom privat og offentlig fremføring

Fremføringsbegrepet må avgrenses mot fremføring innenfor den private sfære. Hvor denne grensen går må avgjøres konkret i hvert enkelt tilfelle. Knophs maksime sier at hvis bruken av åndsverket skal ha privat karakter, må den skje innenfor *”den forholdsvis snevre krets som familie-, vennskaps, eller omgangsbånd skaper.”*¹⁵ Det må altså være en viss nærhet eller bekjentskapsbånd mellom personen eller personene som står for fremføringen og de personene som får tilgang til åndsverket. *”Fremføring av musikk i kafeer, butikker, frisørsalonger etc. foregår, når det skjer i åpningstiden, utvilsomt utenfor det private område, og må anses som offentlig. Dette gjelder*

¹⁵ Knoph: *”Åndsretten”* side 89.

uavhengig av om hensikten er å underholde kundene eller glede personalet.”¹⁶ Etter dette må det være et viktig moment at musikken kun spilles for en bestemt gruppe mennesker som har et tilstrekkelig personlig bånd til initiativtakeren for fremføringen. Det kan likevel ikke bety at alle i en gruppe mennesker må være bestevenner med initiativtakeren. Private tilstillinger som bryllup eller bursdagsfester, spesielt når det foregår på bursdagsbarnets eiendom eller i et lokale som er leid for anledningen, må fortsatt være innenfor den private sfære. Det avgjørende må derimot være at arrangøren eller initiativtakeren av arrangementet har et tilstrekkelig personlig forhold til gjestene eller deltakerne.

I Rt. 1953 side 633 var spørsmålet om avspilling av musikk for arbeidere og funksjonærer i fem industriarbeidere var en krenkelse av opphavsmannens enerett til fremføring. Høyesterett kom til at dette var en krenkelse. Det ble lagt vekt på at det var over 180 arbeidere som hadde mulighet for å høre musikken i den minste av bedriftene. Videre ble det lagt vekt på at musikken ble fremført indirekte i ervervsøyemed. Dette betyr at antallet som har mulighet eller adgang til fremføringen er et vesentlig moment. *”Jeg finner grunn til særlig å fremheve at selve størrelsen av den personkrets det dreier seg om, vil måtte tillegges meget vesentlig vekt ved bedømmelsen.*”¹⁷ Likevel kan det ikke fastsettes et konkret antall personer som skal ha tilgang før grensen er overskredet. En kan likevel ikke legge avgjørende vekt på antallet i alle tilfeller. I finske Högsta Domstolen ble det avgjort at avspilling av radio eller musikk i taxi med kunder til stede måtte anses som offentlig fremføring.¹⁸ Noe av det avgjørende her må være at en taxi i utgangspunktet er åpen for enhver som ønsker en transporttjeneste, og ikke antallet personer det er plass til i taxien.

Videre er det et viktig moment om fremføringen er i ervervsøyemed. I Rt. 1953 side 633 var musikken satt på i et indirekte ervervsøyemed ettersom det ble antatt at arbeiderne var mer effektive når de jobbet til musikk. Overført til andre tenkelige situasjoner må det være et vesentlig moment om det er penger involvert for arrangørene eksempelvis i form av inngangspenger.

¹⁶ Rognstad: *”Opphavsrett”* side 189.

¹⁷ Knoph: *”Åndsretten”* side 89.

¹⁸ NIR 2003 s. 161.

Hvem som er initiativtaker eller arrangør av en tilstelning hvor verk blir tilgjengeliggjort er også et moment av betydning. Dette kan ses i sammenheng med momentet om ervervsvirksomhet. Private tilstelninger med private initiativtakere, hvor primærformålet ikke er å tjene penger, må i stor grad være innenfor den private sfære. Motsetningsvis må det mer til dersom en forretning eller en bedrift, hvor organisasjonen selv står for musikken, skal falle utenfor opphavsmannens fremføringsrett.

Det er flere typer teknologier som gjør fildeling mulig. Det er fullt mulig å sende filer direkte til en annen bruker ved hjelp av mail eller andre kommunikasjonsprogrammer. En slik direkte fildeling til noen som har et personlig bånd må i stor grad være innenfor den private sfære. Dette kan nærmest likestilles med å låne eksempelvis en DVD- eller CD-plate bort til en bekjent. Derimot vil fildeling mellom ukjente klart falle utenfor den private sfære. Slik BitTorrent-teknologien fungerer innhentes deler av en fil fra mange forskjellige delere. Å dele en slik fil til fremmede må klart falle utenfor den private sfære. I tillegg kan antallet brukere som filen blir delt til tale sterkt for at en slik fildeling er en krenkelse av opphavsmannens enerett til offentlig fremføring. I Rt. 2005 side 41 avsnitt 44 fastslår Høyesterett om opplasternes ansvar at *”det ikke er omtvistet at det opplasterne gjorde, var ulovlig eksemplarframstilling og innebar tilgjengeliggjøring for allmennheten.”* Det må derfor være klart at en opplasting av filer til fremmede gjennom et fildelingsnettverk eller på annen lignende måte må være en krenkelse av tilgjengeliggjøringsretten.

3.4.3.2 Eksemplarubundethet

I motsetning til både spredningsretten og visningsretten er ikke fremføringsretten eksemplarbundet. På denne måten faller aldri opphavsmannens fremføringsrett bort. Tillatelse må derfor i utgangspunktet innhentes hver gang et verk skal fremføres offentlig av andre enn opphavsmannen selv. Dette betyr at det i utgangspunktet må innhentes samtykke for avspilling av musikk i butikken, cafeer, restauranter osv. hver gang det skal gjøres. Det er adgang til å avtale seg bort fra samtykke. I utgangspunktet konsumeres likevel fremføringsretten aldri.

4 Sanksjoner mot opplaster og nedlasters opphavsrettskrenkelser

4.1 Innledning

Opphavsrettskrenkelser kan sanksjoneres både med sivilrettslige midler og straff. Det finnes i hovedsak to tenkelige sivilrettslige sanksjoner – fastsettelsesdom som nedlegger forbud mot videre utnyttning av åndsverket, og krav om økonomisk kompensasjon i form av oppreisning og erstatning. Hjemmel for å legge straff finnes i åvl. § 54. Det følger i første ledd at gjerningsmannen kan straffes med bøter eller fengsel.

Dette kapittelet redegjør for sanksjoner som kan være aktuelle for den som laster opp opphavsrettslig beskyttet materiale og den som laster ned samme materialet.

Sivilrettslige midler og straff vil bli behandlet i hvert sitt delkapittel. Inndragning vil bli behandlet i samme delkapittel som straff.

Forutsetningen for at fildeling er mulig er at åndsverket er digitalisert. Et maleri kan kun deles dersom det er laget en bildefil av maleriet. Dette fordrer at enten opplaster eller andre har digitalisert dette ved eksempelvis å bruke et fotokamera for å ta bilde av maleriet. På samme måte som maleriet må også gjerne film og musikk også digitaliseres eller konverteres til datafil for å kunne deles. Det finnes eksempelvis programvare som lager filer av både DVD-plater og CD-plater. Det er vanlig at slike medier er belagt med tekniske beskyttelsessystemer. I utgangspunktet er det forbud mot å omgå tekniske beskyttelsessystemer. Dette spørsmålet vil ikke bli behandlet i denne fremstillingen. Det er sikker rett at digitalisering av et verk fortsatt er beskyttet av opphavsmannens enerett. Dette følger av åvl. § 2 første ledd at eneretten gjelder åndsverket ”i *annen teknikk*.”

Sondringen mellom opplaster og nedlaster er ikke nødvendigvis relevant i forhold til hvordan fildeling foregår i praksis. BitTorrent-teknologien fungerer i utgangspunktet slik at når en bruker laster ned innhold fra mange forskjellige opplastere, laster han i tillegg opp de delene av filen han allerede har lastet ned. På denne måten skjer både en nedlasting og en opplasting på samme tid. I slike fildelingssituasjoner er det i utgangspunktet ikke noe stort poeng å sondre mellom opplaster og nedlaster. Likevel går det fortsatt an for en opplaster å legge en fil på sin egen hjemmeside eller blogg slik

at hvilken som helst nettbruker kan laste ned filen. I slike tilfeller er rollefordelingen opplaster-nedlaster veldig klar og tydelig.

4.2 Krenkelsesvurderingen

Forutsetningen for at det skal være tale om et straffansvar for ulovlig fildeling er at opphavsmannens økonomiske enerett er krenket. Utgangspunktet for opphavsmannens råderett er at han har enerett til å råde over verket ved å fremstille eksemplarer av det og gjøre det tilgjengelig for allmennheten. *”Implisitt følger det at hvis andre råder over verket i slik forstand uten opphavsmannens samtykke, og uten at bruken er tillatt etter andre regler, foreligger en krenkelse av opphavsrett.”*¹⁹ Opphavsmannen kan selvfølgelig samtykke til utnyttelse av verket som normalt faller inn under opphavsmannens enerett. Samtykket kan også være betinget. Det er i utgangspunktet ingen grenser for vilkår som stilles for slikt samtykke.

Den mest praktiske krenkelsen av et åndsverk i en fildelingssituasjon gjøres ved kopiering. En film på en DVD-plate kan eksempelvis digitaliseres og gjøres om til en fil før den gjøres tilgjengelig for allmennheten. Det er mer naturlig å omtale en slik krenkelse som kopiering og ikke bearbeidelse ettersom innholdet er det samme, men i et annet format.

4.3 Sivilrettslige sanksjoner

Sivilrettslige sanksjoner beror på et sivilt søksmål. Det er opphavsmannen selv eller noen på vegne av opphavsmannen som må bringe saken for retten. Det er ofte organisasjoner som forvalter rettigheter til åndsverk som tar de nødvendige rettslige skritt på vegne av opphavsmannen.

4.3.1 Forbud mot bruk av verket

Rognstad sier at *”nedleggelse av forbud mot bruk er en helt sentral sanksjon i sivile søksmål om inngrep i opphavsrett eller nærstående rettigheter.”*²⁰ Det følger av den enerettens negative siden at han kan forby andre å råde over verket på en måte som gjør

¹⁹ Rognstad: *”Opphavsrett”* side 133.

²⁰ *ibid.* side 400.

inngrep i eneretten. Det finnes likevel ingen regler som hjemler dette i åndsverkloven. Det sikker rett at opphavsmannen kan få en fastsettelsesdom på at inngriperens handling er i strid med åndsverkloven. En slik dom kan være et svært viktig middel for opphavsmannen for å få slutt på krenkelsen. Etter strl. § 344 følger det at den som ”vedbliver at utøve en Ret, der er frakjent ham ved endelig Dom” kan straffes med bøter eller fengsel med en strafferamme på 3 måneder. Videre krenkelse kan dermed føre til at inngriperen kan straffes for bruddet på fastsettelsesdommen.

Fra søksmål til endelig dom er avgitt kan ta lang tid. Det kan derfor være hensiktsmessig for opphavsmannen å få nedlagt et midlertidig forbud mot krenkelsen. I tvl. kapittel 34 kan et midlertidig forbud i form av en midlertidig forføyning hjemles. To kumulative vilkår må imidlertid foreligge for at en midlertidig forføyning skal kunne bli aktuelt. For det første må det foreligge en sikringsgrunn, jf. § 34-1 første ledd. For det andre må det underliggende kravet som sikringsgrunn være sannsynliggjort, jf. § 34-1 andre ledd. Det følger av § 34-1 andre ledd at midlertidig forføyning ”ikke kan beslattes dersom den skade eller ulempe som saksøkte blir påført står i åpenbart misforhold til den interesse saksøkeren har i at forføyning blir besluttet”. Det må derfor foretas en forholdsmessighetsvurdering. Hvor strenge krav som bør stilles til sikringsgrunnen er usikkert. Likevel kan det hevdes at ”dersom man på dette området stiller strenge krav til sikringsgrunn, er det fare for at eneretten reduseres til en tvangslisens.”²¹ Dette taler for at kravet til sikringsgrunn ikke bør være for strengt.

Det kan vanskelig tenkes at en opplaster som krenker opphavsmannens enerett ved å gjøre et verk tilgjengelig Internett vil oppleve en så stor skade eller ulempe ved å fjerne verkene at dette står i ”åpenbart misforhold” til den interesse opphavsmannen har til å kontrollere tilgjengeliggjøringen av verkene selv. På samme måte kan det vanskelig tenkes at en nedlaster, ved å måtte slutte med nedlastingen, opplever så stor skade eller ulempe at midlertidig forføyning ikke kan være aktuelt. I en fildelingssituasjon må det derfor være bred adgang for opphavsmannen å få nedlagt et midlertidig forbud mot handlingene til rettskraftig dom foreligger.

²¹ Rognstad: ”Opphavsrett” side 402.

4.3.2 Krav om økonomisk kompensasjon

I tillegg til forbud mot videre utnyttelse av verket vil opphavsmannen ha interesse i å få økonomisk kompensasjon som følge av krenkelsene. Kompensasjonen kan komme i form av erstatning for økonomisk tap og oppreisning for skade av ikke-økonomisk art. Det er opphavsmannen som er den fornærmede i dette kapitlet. Skadevolder er opplasteren som krenker opphavsmannens enerett til å gjøre verket tilgjengelig for allmennheten og nedlasteren som gjør fremstiller eksemplar av et ulovlig tilgjengeliggjort verk.

4.3.2.1 Erstatning

Det følger av åvl. § 55 at skade som voldes ved overtredelse av opphavsmannens enerett kan kreves erstattet etter alminnelige erstatningsregler. Det er derfor tilstrekkelig at det foreligger uaktsomhet for at erstatning skal kunne kreves. Skadevoldende handlinger som er foretatt med forsett er også erstatningspliktig. I tillegg til tilstrekkelig skyld må det foreligge et økonomisk tap og det må være adekvat årsakssammenheng mellom den skadevoldende handlingen og det økonomiske tapet.

I en fildelingssituasjon er det sjelden tvilsomt at opplaster handler med forsett. Han er fullt ut klar over at verket som han legger ut ikke har nødvendig samtykke fra opphavsmannen. Det er må i utgangspunktet være uten betydning om han er i rettsvillfarelse og ikke vet at tilgjengeliggjøringen krenker opphavsmannens enerett. Det kan imidlertid tenkes at opplasteren eksempelvis tror at vernetiden til et verk har utløpt eller opphavsmannens økonomiske enerett på annen måte ikke er i behold og dermed gjør verket tilgjengelig på Internett. Dersom det er tvil om det foreligger forsett kan skadevolder likevel bli erstatningspliktig på grunnlag av uaktsomhet. Hvorvidt det foreligger uaktsomhet beror på en helhetsvurdering hvor alle relevante momenter må tas i betraktning. Utgangspunktet for vurderingen er om det er noe å bebreide skadevolder. Det må være et betydelig moment om opplasteren har gjort noe for å sjekke om verket er beskyttet av opphavsretten.

Nedlasteren kan nødvendigvis ikke alltid vite hvor verket han laster ned kommer fra eller om verket er beskyttet av opphavsretten. Det er derfor usikkert om en nedlaster som laster ned og fremstiller et eksemplar og med dette krenker opphavsmannens

enerett alltid kan sies å ha voldt skaden forsettlig. I en aktsomhetsvurdering må også her et avgjørende moment være om nedlasteren har gjort noe for å finne ut av verkets opphavsrettslige beskyttelse. Det kan være tvilsomt om en nedlaster kan bli erstatningsansvarlig dersom en opplaster utgir seg for å være rette opphavsmann til et verk og lite eller ingenting annet tilsier at dette er feil. Dersom verket lastes ned ved hjelp av eksempelvis Pirate Bay eller andre sider som har til hensikt å skape et møtested for fildelere, må det nærmest forutsettes at åndsverkene er ulovlig tilgjengeliggjort. Her kan det vanskelig tenkes at nedlaster slipper unna et erstatningsansvar.

Opphavsmannen blir ikke påført et direkte økonomisk tap dersom åndsverket blir ulovlig delt over Internett. Derimot blir opphavsmannen påført et indirekte tap i form av tapt vederlag. Det må imidlertid forutsettes at de som laster ned verket ville betalt for bruken dersom den ulovlige nedlastingen ikke hadde skjedd. Det er langt i fra sikkert at alle som har lastet ned filen ville betalt for bruken dersom det var eneste mulighet for tilgang på verket. I svensk og dansk opphavsrett skal opphavsmannen tilkjennes et rimelig vederlag.²² *”Mye taler for at det i norsk rett gjelder en ulovfestet vederlagsregel som innebærer at også opphavsmenn og innehavere av nærstående rettigheter kan kreve vederlag ved rettighetskrenkelser, uavhengig av om vilkårene for erstatningsansvar foreligger.”*²³ Høyesterett har støttet en slik vederlagsregel i flere saker.²⁴

Det kan imidlertid oppstå spørsmål om hvordan dette vederlaget skal utmåles. I rettslitteraturen er det hevdet at *”utgangspunktet får være at det iallfall skal betales markedspris for utnyttelsen.”*²⁵ Dersom bare markedspris skal betales kan også dette bety at eneretten nærmest reduseres til en tvangslisens. Ut fra et prevensjonshensyn bør det tilkjennes et vederlag som ligger over markedspris. I Rt. 2005 side 41 stadfestet Høyesterett tingrettens skjønnsmessige utmåling av vederlag. Det ble lagt til grunn et skjønnsmessig antall treff på nettsiden, hvor det ble lagt til grunn at ca. 20 % av treffene førte til nedlastning. Det ble lagt til grunn et tap per cd-singel på kr. 15 per

²² Url. § 54 og Ohl. § 83.

²³ Rognstad: *”Opphavsrett”* side 403.

²⁴ Se Rt. 1940 side 48, Rt. 1981 side 1218 og Rt. 1984 side 121.

²⁵ Rognstad: *”Opphavsrett”* side 404.

stykk. Dette fremstår som en noe moderat utmåling, noe som ikke stemmer overens med tilleggesvederlaget som burde vært lagt til ut fra et prevensjonshensyn. For en opplaster må dette sannsynligvis bety at vederlaget må fastsettes skjønnsmessig ut fra antall treff på den aktuelle siden hvor åndsverket er gjort tilgjengelig eller målt ut i fra antall nedlastninger. Uansett er det grunn til å tro at utmålingen må gjøres noe moderat i forhold til hva det sannsynlige tapet for opphavsmannen er. For en nedlaster er det som regel lettere å fastsette hvilke åndsverk som er lastet ned. Det er heller ikke her gitt at nedlasteren hadde kjøpt alle åndsverkene han har lastet ned. Derfor må også denne utmålingen gjøres skjønnsmessig.

Uansett kan opphavsmannen ”*kreve utbetalt nettofortjenesten ved den ulovlige handlingen*”. Dette kan tilkjennes selv om skadevolder har handlet i god tro og uansett skadens størrelse, jf. § 55 andre ledd. ”*At det er nettofortjenesten som kan kreves utbetalt, innebærer at det fra krenkerens totale inntekter som følge av rettsbruddet (brutto vinning) må gjøres fradrag for ressurser som er brukt ved innvinning av inntektene.*”²⁶ Dette kan tyde på at utgifter knyttet til trykking av bøker, kopiering av CD-plater osv. må trekkes fra i vederlagsutmålingen.

4.3.2.2 Oppreisning

Det følger av § 55 første ledd at dersom opphavsmannens rett er krenket forsettlig eller grovt uaktsomt, kan retten dessuten tilkjenne ham et pengebeløp som oppreisning for skade av ikke økonomisk art. Denne regelen er derimot mest aktuell hvor skadevolder har krenket opphavsmannens ideelle enerett ettersom det i utgangspunktet ikke kan fastsettes et konkret økonomisk tap. Det finnes ingen Høyesterettsdommer om oppreisning som følge av krenkelse av opphavsmannens enerett og rekkevidden av dette kompensasjonsgrunnlaget blir ikke ytterligere behandlet.

²⁶ Rognstad: ”*Opphavsrett*” side 405.

4.4 Straff og inndragning

4.4.1 Straffehjemmel

Det finnes i § 54 et alminnelig grunnlag for straff og et skjerpet grunnlag for straff. I første ledd kan en *”overtredelse av bestemmelser gitt til vern for opphavsretten”* i 1. kapittel, hvor opphavsmannens økonomiske enerett er hjemlet, straffes med bøter eller fengsel med en strafferamme inntil tre måneder. Kvalifisert skyld for å kunne straffes for krenkelse av opphavsretten er forsett eller uaktsomhet. Dersom krenkelsen er gjort forsettlig og det foreligger *”særlig skjerpende forhold”*, kan det straffes med bøter eller fengsel med en strafferamme på inntil tre år, jf. fjerde ledd. Hvorvidt det foreligger *”særlig skjerpende forhold”* beror på en helhetsvurdering hvor det *”først og fremst legges vekt på den skade som er påført rettshavere og andre, den vinning som lovovertrederen har hatt og omfanget av overtredelsen for øvrig”*, jf. fjerde ledd. Alle relevante momenter må tas i betraktning.

Det er verdt å merke seg at overtredelse av den skjerpede straffehjemmelen påtales av det offentlige. Påtale som følge av overtredelse av den alminnelige straffehjemmelen må imidlertid begjæres av opphavsmannen selv eller en organisasjon som handler på vegne av opphavsmannen. Offentlig påtale kan likevel være aktuelt dersom det finnes *”påkrevd av allmenne hensyn”*.

Det følger av femte ledd at forsøk på krenkelse av opphavsmannens økonomiske enerett *”straffes likt med den fullbyrdete overtredelse.”* Forsøk er straffbart enten det gjelder den alminnelige straffehjemmelen i § 54 første ledd eller den skjerpede hjemmelen i fjerde ledd. Det kan stilles spørsmål ved om dette kan gjelde fullt ut når det kommer til straffespørsmålet. I strl. § 51 følger det at *”forsøk straffes midlere end den fuldbyrdede Forbrytelse.”* Ut fra en vurdering av forsøk på en krenkelse av opphavsmannens eneretts straffverdighet i forhold til en fullbyrdet krenkelse vil også måtte tale for en midlere straff for forsøket.

I tillegg til å utføre alle elementene i gjerningsbeskrivelsen og utvise tilstrekkelig skyld, må gjerningsmannen være tilregnelig og det kan ikke foreligge straffrihetsgrunner, for at han kan pådra seg et straffansvar. I en fildelingssituasjon er det kun tenkelig at

gjerningsmannen ikke kan straffes på grunn av tilregnelighet på grunn av at han er under 15 år, jf. strl. § 46.

4.4.2 Skyldspørsmålet

Det finnes ingen definisjon i gjeldende alminnelig straffelovgivning eller i oppphavsrettslovgivning av skyldformene forsett og uaktsomhet. Det finnes likevel en definisjon av forsett i ny strl. Forsett deles gjerne inn i grupper etter ”*graden av bebreidelse*” som kan rettes mot gjerningspersonen.²⁷ Hensiktsforsett foreligger dersom gjerningspersonen ”handler med hensikt om å oppfylle gjerningsbeskrivelsen i et straffebud”.²⁸ På denne måten foreligger det hensiktsforsett når gjerningsmannen ”*ikke bare er klar over at hans handling kan føre til at gjerningsbeskrivelsen i et straffebud blir oppfylt, men også ønsker å handle i strid med straffebudet.*”²⁹ Videre foreligger det sannsynlighetsforsett dersom gjerningsmannen ”*handler med bevissthet om at handlingen sikkert eller mest sannsynlig oppfyller gjerningsbeskrivelsen i et straffebud.*”³⁰ Høyesterett fastsatte i Rt. 1991 side 600 at grensen går ved 50 % sannsynlighet. Endelig kan det foreligge forsett dersom gjerningsmannen anser sannsynlighetsgraden til å ligge under 50 % etter læren om *dolus eventualis*³¹, og gjerningsmannen ”regner det som mulig at handlingen oppfyller gjerningsbeskrivelsen i et straffebud”.³²

Utgangspunktet for en vurdering om gjerningsmannen har opptrådt uaktsomt er om ”den handlende ikke har opptrådt som en kyndig og omtenksover person ville gjort”.³³ Det er avstanden mellom denne aktsomhetsnormen, som er Andenæs har satt ord på, og det som gjerningsmannen faktisk har utført som er avgjørende. Dette er en objektiv vurdering, men handlingen må ses i lyset av gjerningsmannens subjektive forutsetninger. Høyesterett vektla i Rt. 1984 side 91, at tiltalte, ettersom han var meget godt kjent på stedet, kunne tatt i betraktning alle risikomomentene som forelå og senket farten slik at skaden som oppstod ved for høy fart ved kjøring inn i et veikryss ikke ville

²⁷ Se Andenæs: ”Alminnelig strafferett” side 232.

²⁸ Ny strl. § 22 litra a.

²⁹ Eskeland: ”Strafferett” side 271.

³⁰ Ny strl. § 22 litra b.

³¹ Eskeland: ”Strafferett” side 272.

³² Ny strl. § 22 litra c.

³³ Andenæs: ”Alminnelig strafferett” side 243.

skjedd. I en fildelingssituasjon vil opplasterens og nedlasters datakyndighet være vesentlig å ta i betraktning i en aktsomhetsvurdering. Videre er gjerningsmannens handlingsalternativer et vesentlig moment som går igjen i rettspraksis. Dette må ses i lys av et eventuelt tidspress. I motsetning til eksempelvis situasjoner i trafikken hvor trafikantene noen ganger kan være tvunget til å velge mellom flere uheldige følger, kan både opplaster og nedlaster enkelt avstå fra den ulovlige fildelingen uten å bli satt under et vanskelig valg med begrenset beslutningstid.

En opplaster må nødvendigvis gjøre noen bestemte disposisjoner for å gjøre et verk tilgjengelig for allmennheten. Alt ettersom hvor eller hvordan verket blir tilgjengeliggjort kreves det en grunnleggende forståelse av datamaskiner og hvordan Internett fungerer. Det kan vanskelig tenkes at en opplasting settes i gang uten at opplasteren har nettopp dette til hensikt. Det er derfor mest påregnelig at opplasteren har krenket opphavsmannens økonomiske enerett med et hensiktsforsett. I tilfeller hvor en opplaster gjør flere verk tilgjengelig og kanskje til og med har inntekter i form av annonser eller at nedlastning krever betalt medlemskap, er det mest naturlig se på den skjerpede straffehjemmelen i §54 fjerde ledd. Likevel må det, etter ordlyden i den skjerpede straffehjemmelen å dømme, mye til for at dette straffansvaret skal være aktuelt.

Det kan tenkes at en opplaster har kommet over programvare som muliggjør fildeling uten å ha noen hensikt om å gjøre et verk tilgjengelig. Selv om det ikke foreligger hensiktsforsett, kan sannsynlighetsforsett fortsatt være aktuelt. Dersom det på en eller annen måte likevel ikke er aktuelt med en av gradene av forsett kan være tvil om det foreligger forsett her, skal det mye til for at opplasteren ikke har handlet uaktsomt. Skyldvilkåret kan i ytterste konsekvens tenkes å ikke være oppfylt dersom opplaster ikke har noen kompetanse på datamaskinen og på en eller annen måte, gjennom en mellommann som muliggjør fildeling, gjør en fil som er ment til å holdes innenfor egen private sfære tilgjengelig. Likevel er dette mer en teoretisk enn praktisk problemstilling.

Når det gjelder nedlasteren, kan det derimot tenkes at tilstrekkelig skyld ikke foreligger. Det er lett for en uten noe særlig datakompetanse å rote seg bort i nettsider som har gjort verk tilgjengelig for nedlastning. Her kan det være av betydning å se på hvor

tydelig nettsiden er på hva som må til for å laste ned filen. På den annen side må det ha skjedd en digitalisering av åndsverket dersom det i utgangspunktet er i en annen form. En slik digitalisering vil ofte kreve en viss teknisk innsikt, noe som også må tale for at det skal ilegges et straffansvar. Ut i fra et hensyn til straffverdighet er det mye som taler for at det å gjøre et åndsverk tilgjengelig på Internett slik at hvem som helst i verden kan få tilgang på det er en større opphavsrettslig krenkelse enn det å laste ned åndsverk til privat bruk. Om dette er et moment som kan føre til at en nedlaster går fri er derimot usikkert. Uansett kan det være et moment i vurderingen av straffespørsmålet.

4.4.3 Straffespørsmålet

Det følger av forarbeidene at *”strafferammen skal gi uttrykk for lovgiverens alminnelig syn på lovovertredselsene, og den bør da ligge på et nivå som svarer til straffen for andre lovbrudd som det kan sammenlignes med.”*³⁴ Det er naturlig å sammenligne en fildeling med et naskeri eller tyveri. Et naskeri er en midlere form for tyveri på samme måte som krenkelse av opphavsretten har en alminnelig hjemmel for straff og en skjerpet hjemmel for straff. Likevel er det en betydelig forskjell mellom tyveri og ulovlig fildeling. Ved tyveri går eksemplaret som blir stjålet tapt for eieren. På denne måten er det et tydelig økonomisk tap for eieren. Ved en ulovlig fildeling vil det derimot fremstilles et fremstilles flere eksemplarer av verket. Det er ikke gitt at en nedlaster hadde betalt for et eksemplar av verket dersom det ikke var mulig å laste ned. På dette måten merker ikke opphavsmannen et direkte økonomisk tap. Likevel bør det av allmennpreventive grunner være et noe sammenlignbart nivå mellom tyveri og ulovlig fildeling.

Det er vanskelig å utrede fra rettspraksis noen bestemte holdepunkter for hvor straffnivået ligger for krenkelser av opphavsmannens økonomiske enerett. I mange av sakene som har vært oppe i en av domstolene er det tatt ut tiltale på grunnlag av flere forhold. I Rt. 2004 side 1639 ble Rød Ungdom ilagt en foretaksstraff på kr. 25 000 for å ha tilgjengeliggjort 13 skolebøker for elever i den videregående skole på Internett. I RG 2008 side 193 ble en mann dømt til 15 dagers betinget fengsel for å ha lastet ned en

³⁴ NOU 1983: 35 side 119.

spillefilm på egen harddisk for så å tilgjengeliggjøre filmen ved å opprette en link til et nettsted hvor andre kunne laste ned filmen. Sakene taler for et moderat straffnivå for de som gjør åndsverk ulovlig tilgjengelig over Internett. Når det gjelder de som laster ned disse verkene og fremstiller et ulovlig eksemplar av de til privat bruk, er derimot straffnivået usikkert.

4.4.4 Inndragning

Inndragning er et virkemiddel som opphavsmannen kan benytte seg av for å hindre av ulovlig fremstilte eller tilgjengeliggjorte verk er i urettmessige hender. Det følger av § 56 første ledd at *”alle eksemplarer av åndsverk”* som er *”ulovlig fremstilt, innført eller gjort tilgjengelig for almenheten her i riket”* kan enten *”inndras ved dom til fordel for den fornærmede”* eller *”overdras til ham mot vederlag som ikke overstiger fremstillingsomkostningene*. Det følger i andre ledd at opphavsmannen også kan kreve at gjenstanden blir tilintetgjort. Opphavsmannen har i grunn et bredt handlingsrom hva angår eksemplarene som urettmessig har blitt til. Likevel er en god troende tredjemann likevel beskyttet fra opphavsmannens inndragningsrett dersom verket er til *”privat bruk”*, jf. tredje ledd. Dette vil si at en tredjemann ikke nødvendigvis blir skadelidende dersom han tilegner seg et ulovlig fremstilt eksemplar.

Denne inndragningsregelen er velanvendelig hvor verket er eksemplarbundet fysisk kan bringes tilbake til rette opphavsmann, eller tilintetgjøres. Inndragning av datafiler er derimot vanskeligere. Den mest praktiske måten for opphavsmannen å bli kvitt ulovlig fremstilte kopier er derfor å kreve de tilintetgjort. Dette kan imidlertid by på bevismessige problemer. Filer kan legges på forskjellige lagringsmedier og på andre måter dupliseres. På denne måten kan aldri opphavsmannen være sikker på at åndsverket virkelig er tilintetgjort.

5 Mellommennenes medvirkningsansvar

5.1 Innledning

Det naturlig å sondre mellom hovedmann og medvirker.³⁵ Hovedforskjellen er at hovedmannen foretar handlingen som dekkes av gjerningsbeskrivelsen i straffebudet, mens medvirkeren, på en eller annen måte, utfører medvirkningshandlingen. I vår sammenheng er det naturlig å anse både opplastere og nedlastere som hovedmenn.

Det finnes ingen generell hjemmel for medvirkningsansvar. I utgangspunktet er et medvirkningsansvar avhengig av et medvirkningstillegg i straffebudet. På denne måten er medvirkning kun straffbart hvor det er eksplisitt nevnt i straffebudet. Dette blir etter all sannsynlighet endret i ny strl. Her følger det at et straffebud rammer også den som medvirker til overtredelsen, når ikke annet er bestemt, jf. ny strl § 15. På denne måten må et straffebud heller utelukke et medvirkningsansvar i stedet for å hjemle et medvirkningsansvar. Den nye straffeloven har imidlertid ikke trådt i kraft ennå og medvirkningsansvar er derfor avhengig av et medvirkningstillegg.

Det er også en mulighet at det som naturlig blir ansett som en medvirkningshandling blir dekket av gjerningsbeskrivelsen i straffebudet. Dersom det er flere personer involvert i gjerningen kan det i språklig forstand være fornuftig å omtale den eller de som gjennomfører den straffbare handlingen som hovedmann, og den eller de som har en mer støttende funksjon som medvirker. Det er imidlertid ikke et poeng i seg selv å sette merkelapper på de involverte.

Medvirkningsansvaret utvider straffansvaret i et straffebud til også å ramme personer som har en bistående, oppmuntrende eller på annen måte medvirkende funksjon. Det at medvirkningsansvaret kan føre til straff kan virke mer allmennpreventivt enn et straffansvar for hovedmannen. Rognstad skriver at *”ved fildeling på Internett, der det ofte vil anses som mer formålstjenlig å ramme det som omfattes som roten til problemet enn de enkelte fildelerne.”*³⁶ Selv om det i og for seg er opplasteren som gjør verket tilgjengelig og nedlasteren som lager et eksemplar på egen maskin, så er det gjerne en

³⁵ Eksempelvis i Eskeland: *”Strafferett”* side 69.

³⁶ Rognstad: *”Opphavsrett”* side 407.

mellommann som forsterker fildelingsmuligheten og legger forhold til rette for at fildelingen kan gjennomføres. På denne måten kan også personer uten spesiell datateknisk kompetanse være med på spredningen av opphavsrettslig beskyttede verk. Dette fører til at ulovlig tilgjengeliggjøring av åndsverk kan gjøres i mye større skala enn hva en enkelt opplaster hadde fått til selv.

Medvirkningshandlingen trenger i utgangspunktet ikke å manifestere seg i en fysisk handling. Det finnes i utgangspunktet tre hovedformer for medvirkning: fysisk-, psykisk-, og passiv medvirkning. Medvirkning rammer alle kvalifiserte bidrag av fysisk og psykisk art. En typisk fysisk handling som kan føre til et medvirkningsansvar kan være at mellommannen lager en søkemotor som har til hensikt å lete etter ulovlig tilgjengeliggjorte filer. Psykisk medvirkning kan eksempelvis være at en person påvirker en annen på en slik måte at vedkommende blir overbevist om å laste opp enkelte verk til ulovlig nedlastning.

Det er mange ulike typer mellommenn. For at grensene for medvirkningsansvaret skal bli tegnet så tydelig som mulig, ser jeg behovet for å dele mellommennene inn i grupper og drøfte hver gruppes medvirkningsansvar hver for seg. Inndelingen er først og fremst begrunnet rettslig. Mellommenn som står i samme rettslig stilling hører til i samme gruppe. Her er det naturlig å se til rettspraksis for å finne nærmere behandling av de ulike mellommennenes medvirkningsansvar. Det er naturlig å se på ulike søkemotorer under ett. Søkemotorene kan ha ulik hensikt, men funksjonen er i utgangspunktet å lete frem den informasjonen som blir etterspurt av brukeren. Typiske søkemotorer som ikke dekker et spesielt felt, eksempelvis Google, Kvasir og Yahoo, vil bli drøftet opp i mot medvirkningsansvaret. Videre vil også søkemotorer som har et bestemt formål, eksempelvis Pirate Bay, bli vurdert i samme delkapittel. Videre vil det bli drøftet hvorvidt det er aktuelt med et medvirkningsansvar for Internettleverandører og andre tjenesteleverandører som gir brukeren tilgang til Internett. Tilbydere av lagringsplass og andre aktører som tilbyr lagring av informasjon for brukere blir også drøftet i eget delkapittel. Grensene for medvirkningsansvaret for mellommenn som legger ut linker til ulovlig tilgjengeliggjort verk blir drøftet i eget delkapittel. Endelig vurderes hvor langt medvirkningsansvaret rekker for programutviklere som skaper, eller på annen måte er

med på å fremstille programvare som er egnet til fildeling. Disse gruppene dekker imidlertid ikke alle tenkelige medvirkere.

Først vil imidlertid det rettslige utgangspunktet for medvirkningsansvaret bli gjort rede for. Spørsmålet i dette kapittelet er hvor langt de enkelte mellommennenes medvirkningsansvar rekker.

5.2 Det rettslige utgangspunktet

5.2.1 Medvirkningstillegget

Det følger av åvl. § 54 tredje ledd at ”medvirkning til overtredelse nevnt i første og andre ledd straffes på samme måte.” Etter paragrafens kontekst er den naturlige språklige forståelsen av ”straffes på samme måte” at medvirkningshandlingen straffes innenfor samme strafferamme som hovedhandlingen. *”I og med at erstatningsregelen i § 55 første ledd henviser til ”overtredelse som nevnt i § 54”, må regelen leses slik at medvirkning også utløser erstatningsansvar på samme måte som selve krenkelsen.”*³⁷ På denne måten er det i utgangspunktet ikke noe stort poeng å gjøre et skarp skille mellom medvirkningsansvar som fører til erstatning og medvirkningsansvar som fører til straff. Ettersom både et straff- og erstatningsansvar er avhengig av at mellommannen enten har utvist forsett eller uaktsomhet, er det heller ikke noe poeng å gjøre to vurderinger av skyld. På denne måten kan en mellommann som medvirker til ulovlig fildeling dømmes til å betale erstatning for opphavsmannens økonomiske tap, og straffes med bøter eller fengsel.

Forarbeidene begrunner medvirkningstillegget med at *”de senere års tekniske utvikling har ført til behov for å skjerpe og utbygge sanksjonsreglene.”*³⁸ Ordet ”medvirkning” defineres som på en eller annen måte bidrar til en straffbar handling uten å utføre selve handlingen.³⁹ Med denne definisjonen lagt til grunn er et hvert kvalifisert bidrag til den straffbare handlingen straffverdig. I utgangspunktet må det derfor sondres mellom bidrag som ikke er kvalifisert medvirkning og bidrag som er kvalifisert som medvirkning. Husabø kaller denne grensen for *”den ytre grensa for*

³⁷ Rognstad: *”Opphavsrett”* side 407.

³⁸ Ot. Prp. nr. 34 (1987-1988) side 41.

³⁹ Gisle: *”Jusleksikon”* side 182.

medverkingsansvaret”.⁴⁰ Sagt på en annen måte – ikke alle bidrag til den straffbare handlingen blir rammet av medvirkningstillegget. Det må derfor settes en grense for hvor fjern medvirkningshandlingen er i forhold til hovedhandlingen før den ikke lenger er straffbar.

Videre kan det sondres mellom medvirkningshandlingen og hovedhandlingen. Medvirkeren utfører ikke den straffbare handlingen, det gjør derimot hovedmannen. Likevel må det være årsakssammenheng mellom medvirkningshandlingen og hovedhandlingen eller hovedmannen.⁴¹ Det må eksempelvis være årsakssammenheng mellom mellommannens vedlikehold av et fildelingssamfunn og den ulovlige fildelingen som foregår i dette samfunnet. Det kan tenkes tilfeller hvor medvirkeren går over til å bli hovedmann. På samme måte kan hovedmannen trekke seg fra den straffbare handlingen. Likevel kan ikke hovedmannen, dersom alle elementer i gjerningsbeskrivelsen i straffebudet og grensen for straffri tilbaketreden er overskredet, gå tilbake til å bare være medvirker til samme straffbare handling. Det kan tenkes at en utvikler av programvare som har til hensikt å legge til rette for ulovlig deling av filer i utgangspunktet ikke er med på selve fildelingen selv, men bare har lagt til rette for at andre enkelt kan dele filer. I et slikt tilfelle er det mest naturlig å se på et medvirkningsansvar for utvikleren. Dersom utvikleren selv gjør filer tilgjengelig for nedlastning, kan det være mer naturlig å vurdere utvikleren som hovedmann. Utvikleren kan derimot ikke gå tilbake til en medvirkerrolle etter han har gått over i hovedmannens rolle.

I utgangspunktet skal hovedmannen og medvirkerens straffansvar vurderes hver for seg. Dette vil si at selv om hovedmannens handlinger ikke er straffbare, kan det likevel være aktuelt med et medvirkningsansvar. Omvendt kan selvfølgelig hovedmannen straffes uten at noen blir straffet som medvirker. Det er mest naturlig i en fildelingssituasjon at det finnes flere mellommenn som gjør en ulovlig fildeling mulig. Dette betyr ikke at hovedmannen og medvirkerens atferd er helt uavhengig av hverandre. Rognstad tolker Høyesteretts premisser i Rt. 2005 side 41 at *”det avgjørende for medvirkningsansvaret er om det er foretatt en handling som forsterker virkningene av hovedmannens*

⁴⁰ Husabø: *”Straffansvarets periferi”* side 11.

⁴¹ *ibid.* side 54-59.

handling.” Det er ikke nødvendig at medvirkningshandlingen isolert sett skal være ulovlig.⁴² Likevel må alle straffbarhetsbetingelser foreligge på gjerningstidspunktet. I en fildelingssituasjon, hvor det finnes en opplaster og flere nedlastere som deler ulovlig utlagte filer gjennom et tilrettelagt fildelingsnettverk, kan det vanskelig tenkes at hovedmennene går fri og bare medvirkeren kan straffes.

Helhetsvurderingen må ta høyde for alle relevante momenter i saken. Domstolene har en viktig funksjon ved å peke på typiske relevante momenter i helhetsvurderingen. Videre vil rettspraksis kunne sette grenser for hvor langt medvirkningsansvaret skal nå.

5.2.2 Skyldvurderingen

Selv om medvirkerens og hovedmannens ansvar vurderes hver for seg, er medvirkerens handlinger relevant i forhold til hovedmannen på to måter, jf. Eskeland: ”*Strafferett*” s. 198: For det første kan medvirkeren bare straffes dersom han er klar over eller burde være klar over at hovedmannen er i ferd med å utføre en straffbar handling. Det er et alminnelig strafferettslig prinsipp som sier at en skal vurderes ut i fra egne forutsetninger.⁴³ Dersom medvirkeren tror at hovedmannen gjør noe ulovlig kan han derfor i utgangspunktet dømmes for medvirkning, selv om det ikke har foregått noe kriminelt. Eksempelvis kan det tenkes tilfeller hvor medvirkeren bidrar til å forsterke tilgjengeliggjøringen av et verk gjennom internett i den tro at verket er tilgjengeliggjort i strid med opphavsmannens enerett. Her kan det i utgangspunktet bli tale om et medvirkningsansvar, selv om verket ikke er tilgjengeliggjort i strid med opphavsmannens enerett. Det vil si at dersom medvirkningsansvaret skal være aktuelt for en mellommann må han enten være klar over at opplasteren krenker opphavsmannens enerett, han burde visst om krenkelsen, eller han tror at det eneretten er krenket. Dersom mellommannen er klar over opplasterens krenkelse av opphavsretten er det klart at det kan være aktuelt med medvirkningsansvar for mellommannen. Det kan derimot tenkes situasjoner hvor mellommannen ikke vet om krenkelsen. Spørsmålet blir da om mellommannen burde visst om krenkelsen. Dette spørsmålet må avgjøres konkret i hvert enkelt tilfelle. Det er svært liten sannsynlighet for at en privat person får de nødvendige samtykkene til å eksempelvis gjøre en

⁴² Rt. 2005 s. 41.

⁴³ Rt. 1908 side 790.

spillefilm tilgjengelig for allmennheten ved å legge den ut på Internett. Her bør mellommannen gjøre nødvendige forundersøkelser for å finne ut av om de nødvendige samtykkene foreligger. Hvor omfattende forundersøkelsene må være er vanskelig å si. Det kan tenkes at det foreligger et implisitt samtykke. En opplaster kan eksempelvis legge ut et fotografisk verk som han selv hevder å ha opphavsretten til, uten å ha det, ved å signere bildet. Da har opplasteren identifisert seg selv som rette opphavsmann etter åvl. § 7. Det kan her ikke ventes at mellommannen burde visst om krenkelsen.

For det andre kan det etter omstendighetene være nødvendig at medvirkeren griper inn og gjør noe aktivt for å stanse hovedmannen for at det skal foreligge straffri tilbaketreden fra forsøk. I utgangspunktet skal det en del til for at ren passivitet, uten noen som helst medvirkning på et tidligere tidspunkt, vil føre med seg et medvirkningsansvar. Det hadde eksempelvis vært urimelig om en hver som ikke forsøkte å stoppe et pågående ran kunne straffes for medvirkning ut i fra passivitet. På samme måte kan det ikke ventes at enhver nettbruker gjør tiltak for å stoppe ulovlig fildeling på Internett, dersom han kommer over det, for å slippe unna medvirkningsansvar på grunnlag av passivitet. I hvilken grad det kreves at medvirkeren griper inn beror på en konkret tolkning, men bidragets størrelse til hovedmannens straffbare gjerning må være et vesentlig moment.

5.3 Ansvarsfritakene i e-handelsloven

En tjenesteyter som tilbyr mere conduite-, server caching-, eller hostingtjenester kan slippe unna et straff- og erstatningsansvar som følge av et medvirkningsansvar på tre grunnlag i e-handelsloven. I ehl. § 16 er det hjemlet ansvarsfrihet for enkelte overførings- og tilgangstjenester, samt noen former for midlertidig lagring i forbindelse med den overførte informasjonen. I § 17 er det hjemlet ansvarsfrihet for enkelte mellomlagringstjenester. Endelig er det hjemlet ansvarsfrihet for enkelte lagringstjenester. En "tjenesteyter" er definert som "*en fysisk eller juridisk person som tilbyr informasjonssamfunnstjenester,*" jf. § 3 første ledd litra a. Det er derfor ikke bare selskap som kan tenkes fritatt for ansvar etter loven. Spørsmålet er hvor langt et ansvarsfritak gjelder i forhold til mellommenn i en fildelingssituasjon. I dette kapitlet vil vilkårene for ansvarsfrihet gjøres rede for. Hvorvidt ansvarsfrihet er aktuelt i forhold til de ulike gruppene av mellommenn vil bli vurdert konkret i hvert sitt delkapittel.

5.3.1 Mere conduite

Ehl. § 16 hjemler ansvarsfritak for ren videreformidling av informasjon. Ansvarsfritaket beror på tre kumulative vilkår. For det første kan ikke overføringen starte hos tjenesteyteren, jf. første ledd litra a. For det andre kan heller ikke tjenesteyteren bestemme mottakeren for informasjonen, jf. første ledd litra b. Endelig kan ikke tjenesteyteren bestemme eller endre informasjonen som overføres, jf. første ledd litra c. På denne måten fører nærmest enhver befatning med selve informasjonen til at ansvarsfritak ikke kommer på tale.

Regelen gjelder også for automatisk, mellomliggende eller kortvarig lagring av informasjonen som blir overført, jf. andre ledd. Lagringen må tjene til gjennomføringen av overføringen og lagringen kan ikke vare lenger enn nødvendig, jf. andre ledd litra b. Hvor lang tid som er nødvendig må avgjøres med en helhetsvurdering hvor formålsbetraktninger og andre reelle hensyn inngår.⁴⁴ Ansvarsfrihet for informasjon som lagres uten å tjene til gjennomføringen av overføringen faller dermed utenfor § 16.

Etter tredje ledd er også tjenesteytere som kun gir ”*tilgang til et kommunikasjonsnettverk*” fri for ansvar. Dette må innebære at tjenesteyteren ikke står for noen som helst form for videreformidling av informasjon, men kun tilbyr tilgang til et kommunikasjonsnettverk.

5.3.2 Server-caching

Ansvarsfritak for mellomlagring av informasjon er hjemlet i § 17. For at ansvarsfrihet skal bli aktuelt etter § 17 må tre kumulative vilkår være oppfylt. Tjenesteyteren kan ikke bestemme eller endre informasjonen som overføres, jf. første ledd litra a. Videre må tjenesteyteren overholde vilkår for tilgang til informasjonen, jf. litra b.

Tjenesteyteren må også overholde alminnelig godttatt regler for oppdatering av informasjonen, litra c. Endelig følger det av litra d at tjenesteyteren ikke må gripe inn i lovlig anvendelse av alminnelig anerkjent teknologi, i den hensikt å oppnå data om bruken av informasjonen. Det følger av forarbeidene at midlertidig lagring på brukerens

⁴⁴ Ot.prp. nr. 4 (2003-2004) side 38.

harddisk utført av webleseren ikke omfattes av bestemmelsen.⁴⁵ Videre fastsetter forarbeidene at ”mellomlagringen må ha passiv karakter” og formålet må være å ”utelukkende tjene til å effektivisere informasjonstilgangen”.⁴⁶ For lagringstjenester som har et annet formål, kan ansvarsfrihet hjemles i § 18.

I andre ledd er det hjemlet en plikt for tjenesteyteren til å fjerne eller sperre tilgang til den lagrede informasjonen dersom det er gitt pålegg om det fra en domstol, en offentlig myndighet eller et særskilt organ utpekt av departementet. Dersom ikke tjenesteyteren ikke gjennomfører en slik fjerning eller sperring vil også tjenesteyteren kunne bli både straff- og erstatningsansvarlig.

5.3.3 Hosting

I § 18 kan en tjenesteyter som ”*lagrer informasjon på oppfordring fra en tjenestemottaker*” bare straffes dersom tjenesteyteren, som har lagret eller medvirket til ulovlig virksomhet ved lagring av informasjon, dersom han har utvist forsett, jf. første ledd litra a. Det følger av direktivet at forsett foreligger ”*upon obtaining actual knowledge*”.⁴⁷ Dette tyder på at tjenesteleverandøren må ha positiv kunnskap for at et ansvar skal bli aktuelt. Likevel følger det av § 19 at tjenesteyteren ikke har en ”*generell plikt til å kontrollere eller overvåke informasjonen som blir overført eller lagret*.”

Videre kan tjenestemottakeren bare holdes erstatningsansvarlig for lagring av ulovlig informasjon eller medvirkning til ulovlig virksomhet ved lagring av informasjon dersom han har utvist forsett eller grov uaktsomhet, jf. første ledd litra b. Det følger av direktivet at det holder at tjenesteleverandøren er ”*aware of*” den ulovlige informasjonen for å svare til skyldkravet grov uaktsomhet.⁴⁸

Selv om tjenesteyteren i utgangspunktet kan straffes eller holdes erstatningsansvarlig for slik lagring som nevnt i litra a og b, kan han uansett bli fri for ansvar dersom han ”*uten ugrunnet opphold*” treffer nødvendige tiltak for å fjerne eller sperre tilgangen til informasjonen, jf. andre ledd. Dette må tilsi at tjenesteyteren må kunne få tid på seg til å

⁴⁵ Ot.prp. nr. 4 (2003-2004) side 7.

⁴⁶ *ibid.* side 38-39.

⁴⁷ e-handelsdirektivet art. 14.

⁴⁸ *l.c.*

være sikker på at det faktisk foreligger straffbart forhold før tilgangen blir fjernet eller sperret.⁴⁹ I tredje ledd heter det at uansett om tjenesteyteren i utgangspunktet er fri for ansvar etter § 18, er han ikke ansvarsfri dersom han handler på tjenesteyterens vegne eller under hans kontroll. På denne måten må alle former av samarbeid om den ulovlige virksomheten uansett føre til at ansvarsfrihet ikke blir aktuelt.

5.4 Typisk relevante momenter

5.4.1 Innledning

Hvorvidt det er aktuelt med et medvirkningsansvar beror på en helhetsvurdering hvor alle relevante momenter er tatt i betraktning. Spørsmålet blir om den potensielle medvirkeren har foretatt en handling som er egnet til å forsterke virkningene av hovedmannens opphavsrettsbrudd. De relevante momentene sier gjerne noe om omfanget til medvirkerens bidrag og nærheten til den straffbare handlingen. Momentene kan variere fra sak til sak, men noen momenter går igjen i rettspraksis. Disse momentene vil bli gjort rede for i dette kapittelet.

5.4.2 Formålsmomentet

Det er først og fremst saksøktes formål med nettsiden som er et tungtveiende moment i vurderingen i Rt. 2005 side 41. *”Hans formål med napster.no var nettopp å gi andre tilgang til denne musikken.”*⁵⁰ Formålet til nettsiden var å gi gratis tilgang til musikk som allerede var lagt ut ulovlig på internett. På den måten var tilgangen til musikken forsterket i forhold til hva den ville vært dersom hver opplaster hadde lagt den på hver sin side. I denne saken var det nettopp denne forsterkningen som var formålet med siden. På samme måte var formålet med Pirate bay å skape en møteplass for fildelere slik at ulovlig fildeling var en uunngåelig følge.⁵¹ I denne saken ble fire personer dømt for medvirkning til krenkelse av opphavsretten. Likevel betyr ikke dette at det var bare ulovlig fildeling som foregikk mellom opplastere og nedlastere. I RG 2005 side 1627 var ikke det eneste formålet å bidra til krenkelse av opphavsretten.. Tiltalte i denne saken hevdet at formålet med driftingen av en jazzhub var å chatte med venner og andre jazzinteresserte. Likevel var et av kravene til nye brukere at de måtte dele x antall

⁴⁹ Ot.prp. nr. 4 (2003-2004) side 30.

⁵⁰ Rt. 2005 side 41, avsnitt 67.

⁵¹ Pirate Bay-dommen

gigabyte med film og musikk. Til tross for at tiltalte selv hevdet at han ikke kunne se de filene som ble delt, kom retten til at det forelå straffbar medvirkning. Dette kan tale for at fildeling ikke nødvendigvis trenger å være det eneste formålet, men at det utgjør en betydelig del av formålet.

I helhetsvurderingen vil derfor formålet med bidraget være et vesentlig moment. Dersom formålet er å forsterke eller muliggjøre tilgang på verk som er en krenkelse av opphavsretten, vil dette tale for medvirkningsansvar.

5.4.3 Unnlatelsesmomentet

I Pirate Bay-dommen ble det pekt på at saksøkte ikke hadde gjort noe for å hindre ulovlig fildeling.⁵² Dette var også et moment som ble tatt opp i RG 2005 side 1627. I denne saken mente Oslo tingrett at ettersom tiltalte ikke hadde gjort noe for å hindre at hubene ble brukt til ulovlig fildeling, måtte unnlatelsen anses som medvirkning til brudd på opphavsretten. Dette momentet er nært beslektet med formålsmomentet. Dersom det eneste formålet med et nettsamfunn eller lignende er å lage et samfunn for ulovlig fildeling vil det heller ikke være gjort tiltak for å begrense eller unngå denne aktiviteten. Derimot er unnlatelsesmomentet veldig relevant hvor hovedformålet ikke er å legge til rette for ulovlig fildeling, men at dette heller er en uønsket bieffekt. Eksempelvis er ikke formålet med YouTube å legge til rette for opplasting av videoklipp som krenker opphavsmannens enerett, men heller å skape et sted hvor brukere kan laste opp egne hjemmevideoer osv. YouTube forbyr i tillegg opplasting av materiale som er opphavsrettsbeskyttet. Her vil unnlatelsesmomentet tale mot medvirkningsansvar for YouTube.

5.5 Typiske mellommenn

5.5.1 Innledning

I dette kapittelet blir grensene for medvirkningsansvaret for de ulike grupper mellommenn drøftet. Disse gruppene er sortert etter hva som er naturlig ut i fra et rettslig perspektiv. Videre er gruppene med mellommenn ikke uttømmende, men gir et innblikk i hvilke grupper som har vært drøftet i rettspraksis.

⁵² Pirate Bay-dommen

5.5.2 Internettleverandører

Denne gruppen mellommenn inneholder leverandører som sørger for at brukere får tilgang til Internett. I utgangspunktet har ikke disse leverandørene noen befatning med hvordan eller på hvilken måte brukerne benytter seg av tilgangen, heller ikke med trafikken til hver enkelt bruker. Det er derfor et rent teknisk bidrag. Spørsmålet blir dermed hvor grensene for medvirkningsansvaret går for leverandører av tilgang til Internett.

Det er mest naturlig å se på Internettleverandører som en tjenesteyter som kun gir brukeren tilgang til Internett. Ansvarsfrihet for slike tjenesteytere er hjemlet i § 16 tredje ledd. Dette vil si at så lenge Internettleverandøren ikke har noen befatning med selve innholdet eller bestemmer mottaker for innholdet så er tjenesteyteren fri fra ansvar.

Ansvarsfrihetsregelen gjør at Internettleverandører i stor grad slipper unna ansvar for informasjonen som blir overført til sluttbrukeren. Uten en slik regel ville ansvaret vært avhengig av den samme helhetsvurderingen som andre mellommenn må vurderes etter. Dette måtte ført til at Internettleverandørene måtte involvert seg og hatt mer kontroll med innholdet av den informasjonen som ble overført til sluttbrukerne. På den måten måtte Internettleverandørene nærmest overvåket informasjonen som det ble gitt tilgang til.

I RG 2010 side 171 var spørsmålet om Telenor, i funksjon som Internettleverandør, kunne pålegges, ved begjæring om midlertidig forføyning, å blokkere nettstedet Pirate Bay. Begjæringen ble begrunnet med at Telenor hadde medvirket til ulovlig fildeling blant Telenors sluttkunder. Saksøker anførte prinsipalt at Telenor ”*medvirker aktivt fysisk til Pirate Bays og sine sluttbrukers ulovlige handlinger.*” Subsidiært ble det anført at ”*Telenor medvirker passivt ved å unnlate å gripe inn i rettighetskrenkelsene til tross for positiv kunnskap om dette.*” Avgjørelsen i RG 2010 side 171 ble at Telenor ikke ble rammet av medvirkningsansvaret hjemlet i åndsverkloven. Lagmannsretten fastslo at ”*lovgever gjennom e-handelsloven § 16 tredje ledd uttrykkelig har fritatt Telenor i egenskap av tilbyder av overførings- og tilgangstjenester fra sitt potensielle erstatningsrettslige og strafferettslige ansvar etter åndsverkloven*”. Det ble heller ikke

funnet tilstrekkelig sikringsgrunn for midlertidig forføyning. Kjennelsen var enstemmig.

Dette må bety at alle tilbydere av overførings- og tilgangstjenester, som kan sammenlignes med Telenor, må være fri fra ansvar.

5.5.3 Søkemotorer

Denne gruppen snevres inn i fremstillingen til å ramme nettsider som leter opp informasjon som sluttbrukeren har angitt. Søkemotorene kan være programmert til å søke på hele Internett, innenfor en bestemt database eller et bestemt område.

Søkemotorer som Google, Kvasir og Yahoo dekker hele Internett og brukerne kan søke på hva som helst av innhold. Søkemotorer som dekker en bestemt database, eksempelvis søkemotorer på nettaviser som søker i avisenes arkiv, leter kun frem innhold som ligger i databasen. Denne typen søkemotorer er gjerne direkte knyttet til nettsiden den hører hjemme på at det ikke er naturlig å drøfte et eget medvirkningsansvar for en slik ”intern” søkemotor. Med søkemotorer som dekker et bestemt område forstår jeg søkemotorer som er programmert til å finne et bestemt innhold eller type innhold. Pirate Bay er programmert til å lete frem torrent-filer. Disse torrent-filene kan ses på som et kart over hvilke brukere som deler den filen nedlasteren er interessert i. Egen programvare bruker denne informasjonen til å hente ned deler av filen hos mange forskjellige opplastere på en gang.

De ulike gruppene søkemotorer har forskjellig formål og dekker forskjellig interesser. Likevel er funksjonen til søkemotorene den samme – de leter opp innholdet som blir søkt etter av brukerne. For å lete opp innholdet på en effektiv måte blir gjerne noe av nettsidenes innhold lagret i en indeks slik at når det blir søkt på et gitt ord kan det enkelt letes i indeksen etter relevante sider. Resultatet fremstår gjerne som en liste over linker for brukeren. Ved å trykke på en av linkene kommer hele innholdet av den linkede siden frem. Spørsmålet her blir i hvilken grad søkemotorer kan straffes for medvirkning til opphavsrettsbrudd.

Det er mest nærliggende å vurdere ansvarsfrihet etter ehl. § 17 om server-cache ettersom søkemotorer gjerne indekserer nettsider for å gjøre overføringen av

informasjonen mer effektive for andre tjenestemottakere. Dersom søkemotor ikke har noen befatning med selve innholdet, men at en indekseringen kun er et verktøy for å gjøre søket mer effektivt, må dette tale for ansvarsfrihet. Selv om søkemotorene ikke har noen undersøkelsesplikt av informasjonen, kan søkemotorer bli pålagt av den krenkede opphavsmannen selv, domstoler, offentlige myndighet eller særskilt organ som blir pekt ut av departementet i forskrift å fjerne eller sperre tilgangen til informasjonen. Det er grunn til å tro at søkemotorer som Google og Kvasir gjør dette dersom de blir pålagt det. For søkemotorer som ikke etterkommer et slikt pålegg blir ikke et ansvarsfritak aktuelt.

For søkemotorer som ikke blir ansvarsfrie etter ehl. § 17, beror et straff- og erstatningsansvar på en helhetsvurdering hvor det avgjørende er om det er foretatt en handling som forsterker virkningene av hovedmannens handling.

Formålet med søkemotorene varierer veldig. Det er dette momentet som skiller søkemotorene mest fra hverandre. Det ble anført i Pirate Bay-dommen at hensikten med siden var å skape en møteplass for fildelere.⁵³ Likevel betyr ikke dette at denne søkemotoren bare benyttes til ulovlig fildeling, men søkemotoren kan også finne verk som er lovlig lagt ut. Navnet på søkemotoren, Pirate bay, er etter en språklig forståelse nærliggende å sammenligne med piratvirksomhet. Det er også det signalet som logoen til søkemotoren gir uttrykk for. Piratvirksomhet i datasammenheng er naturlig å knytte til ulovlig fildeling. På nettsiden til søkemotoren er det i tillegg mulig å søke spesielt etter musikk, video, tv-programmer osv.⁵⁴ Det må være klart at det er lagt til rette for ulovlig fildeling. Formålsmomentet taler klart for at Pirate Bay dekkes av medvirkningsansvaret. Det er også dette som ble resultatet i Stockholms tingsrett.⁵⁵

Google, Kvasir og Yahoo og lignende søkemotorer skiller seg fra Pirate Bay ved å blant annet ikke ha samme formål. Disse søkemotorene søker, etter nærmere bestemte kriterier, gjennom hele internett etter det mest relevante treffet. Det betyr ikke at søkemotoren ikke finner frem til verk som er ulovlig lagt ut på internett. Søkemotorene

⁵³ Pirate Bay-dommen

⁵⁴ <http://thepiratebay.org/>

⁵⁵ Pirate Bay-dommen

kan finne frem til samme type filer som er mulig å søke etter gjennom Pirate Bay sin søkemotor. Likevel er ikke dette formålet med tjenesten.

Forskjellen mellom søkemotorene er nok ikke like stor når det kommer kunnskap om hvilken type aktivitet som søkemotorene blir nyttet til. Pirate Bay er lagt til rette for fildeling. Det er satt opp funksjoner på siden som knytter seg til bestemte typer filer som eksempelvis musikk og det er i tillegg satt opp topp 100-liste for hvilke filer som er mest populære. Det må være klart at folkene bak denne søkemotoren er klar over at siden benyttes til ulovlig fildeling. Man kan derimot ikke forutsette dette like klart for de mer generelle søkemotorene. Ettersom søkemotorene dekker hele Internett må det likevel forutsettes at noen åndsverk er ulovlig gjort tilgjengelig. Selv om Google ikke nødvendigvis er klar over hvilke konkrete filer som er lagt ut ulovlig, må det være klart at enkelte av filene er nettopp dette. Både i Pirate Bay-dommen og Rt. 2005 side 41 ble det lagt vekt på at personer bak disse søkemotorene visste at de ble brukt til ulovlig fildeling. Det blir derimot ikke nevnt noe om det kreves konkret kunnskap om hvilke filer som er lagt ut ulovlig, men bare visshet om at slik virksomhet foregår. Dersom søkemotorene har konkret kunnskap om filer som er ulovlig tilgjengeliggjort kan det etter unnlatelsesmomentet hevdes at det bør gjøres noe aktivt for å hindre videre deling av filen. Google vurderer alle meldinger om brudd på opphavsretten fra brukerne.⁵⁶ Dersom konklusjonen blir at en side bryter opphavsretten kan Google fjerne denne fra sin indeks. Virkningen blir da at den aktuelle siden ikke dukker opp i brukernes søk. Det er derimot usikkert i hvor stor grad Google selv undersøker, eventuelt avdekker, brudd på opphavsretten. I RG 2005 s. 1627 ble det lagt vekt på at tiltalte ikke hadde gjort noe for å hindre ulovlig fildeling. Uansett kan det her konkluderes med at Google gjør noe for å hindre spredning av ulovlig utlagte verk. Det har ikke Pirate Bay gjort.

5.5.4 Webhotell/tilbydere av lagringsplass på Internett

Kjennetegnet til denne gruppen er at aktørene tilbyr lagringsplass på Internett. Felles for denne gruppen mellommenn er at det tilbys plass uten at tilbyderne har noen befatning med innholdet av informasjonen som blir lagret.

⁵⁶ <http://www.google.com/support/websearch/bin/answer.py?hl=no&answer=58>

Det er i utgangspunktet grunnlag for ansvarsfritak for tjenesteleverandører som lagrer informasjon på oppfordring fra tjenestemottakeren i ehl. § 18. Her følger det, sammenholdt med e-handelsdirektivet, at tjenesteleverandører kun kan bli strafferettslig ansvarlig dersom han har faktisk kjennskap til den ulovlig tilgjengeliggjorte informasjonen. Ettersom § 19 fastsetter at tjenesteleverandøren ikke har noen undersøkelsesplikt, kan det i utgangspunktet tenkes at tjenesteleverandøren ikke kan straffes selv hvor det må være klart at han lagrer opphavsrettslig krenkende informasjon. Hvorvidt tjenesteleverandøren har faktisk kjennskap kan by på problemer i forhold til bevis. Om opphavsmannen som er krenket eller andre opplyser tjenesteleverandøren om krenkelsen, må det antas at tjenesteleverandøren har fått faktisk kunnskap. Tidspunktet for når faktisk kjennskap foreligger, må trolig foreligge når tjenesteleverandøren har fått kunnskap om innholdet av informasjonen.

For at tjenesteleverandøren skal bli erstatningsrettslig ansvarlig må han enten ha utvist forsett eller grov uaktsomhet. Det følger, etter en oversettelse av e-handelsdirektivet, at tjenesteleverandøren må ha kjennskap til den ulovlige informasjonen. Det kan dermed tenkes at tjenesteleverandøren går fri fra straff, men blir likevel erstatningsansvarlig. Hvordan forskjellen mellom kunnskap og faktisk kunnskap utspiller seg rent praktisk i forhold til tilbydere av lagringsplass på Internett er ikke så lett å fastsette. I e-handelsdirektivet er ordene ”aware of” brukt, jf. art. 14. Dette kan tyde på at kjennskap til at noe informasjon er ulovlig tilgjengeliggjort kan være nok. Det må imidlertid mer til enn hva som normalt holder i en vanlig aktsomhetsvurdering.

For å unngå straff- og erstatningsansvar følger det av andre ledd at tjenesteyteren må gjennomføre ”*nødvendige tiltak for å fjerne eller sperre tilgangen*” uten ugrunnet opphold. Hvor lang tid som menes med ”ugrunnet opphold” er vanskelig å fastsette generelt. Ut i fra en språklig forståelse er det grunn til å tro at dette er så snart som overhodet mulig. Uansett må den tiden det tar å teknisk gjennomføre tiltakene for å fjerne informasjonen være innenfor tidsfristen. I tillegg må det sannsynligvis legges til noe tid.

Det følger av tredje ledd at tjenesteyteren uansett ikke er ansvarsfri dersom tjenestemottakeren ”handler på tjenesteyterens vegne eller under hans kontroll.” Dette

må forstås som at en tjenesteyter som tilbyr lagringsplass på Internett ikke blir fri for ansvar dersom krenkeren har lagret informasjonen på tjenesteyterens vegne eller under hans kontroll. På denne måten må ansvarsfrihet falle bort dersom det foreligger et samarbeid om lagring av informasjonen mellom tjenesteyteren og tjenestemottakeren.

Dersom ansvarsfrihet ikke blir aktuelt etter § 17, må det gjøres en helhetsvurdering om det foreligger et medvirkningsansvar etter åndsverkloven § 54. Ettersom ansvarsfrihet etter § 17 kun faller bort dersom tjenesteleverandøren har utvist forsett eller grov uaktsomhet, vil trolig helhetsvurderingen resultere i et medvirkningsansvar.

5.5.5 Hyperlinker/Linker/Pekere

*”Linker er i realiteten kodete instruksjoner som benyttes til å forespørre filer og dokumenter som er lastet opp på datamaskiner knyttet til Internett. Om forespørselen besvares positivt, kommer filen eller dokumentet opp i nettleseren hos den som aktiverer linken.”*⁵⁷ Spørsmålet blir i hvilken grad det kan være aktuelt med et strafferettslig medvirkningsansvar hvor en person eller et selskap har lagt ut linker til materiale som er opphavsrettslig beskyttet.

Utgangspunktet for vurderingen er om utleggingen av linkene forsterker hovedmannens krenkelser av opphavsmannens enerett. Det er i seg selv ikke ulovlig å referere til innhold som er lagt ut på nett. Likevel kan det være aktuelt med et medvirkningsansvar der filen eller dokumentet krenker opphavsmannens enerett. Dette medvirkningsansvaret beror på en helhetsvurdering hvor alle relevante momenter må vurderes.

I Rt. 2005 side 41 fastsettes det at det ”ikke er avgjørende om det dreier seg om den ene eller den andre av de nevnte lenketyper, heller ikke om brukeren teknisk sett ”befinner” seg på egen pc, på napster.no eller om han er ”flyttet” til den websiden det er lenket til.” Videre fastsetter at det ”avgjørende må være hvordan teknikken virker- om og hvordan tilgang gis.”

⁵⁷ Rognstad: ”Opphavsrett” side 183.

Spørsmålet i Rt. 2005 s. 41 var i utgangspunktet om utlegging av linker til opphavsrettslig beskyttede musikkfiler kunne anses som ulovlig tilgjengeliggjøring. Det subsidiære grunnlaget var at utlegging av linkene var medvirkning til krenkelse av opphavsretten. Høyesterett tok ikke stilling til om utlegging av linkene var ulovlig tilgjengeliggjøring. *”Konsekvenshensyn er derfor en medvirkende årsak til at jeg mener saken bør avgjøres på det subsidiære grunnlaget.”*⁵⁸ I den subsidiære drøftelsen legger Høyesterett vekt på at *”lenkingen har forsterket virkningen av opplasternes handlinger ved å øke tilgjengeligheten til musikken.”*⁵⁹ Dette taler for at saker i fremtiden om ansvar for linker må vurderes etter medvirkningsansvaret og ikke om det er foretatt ulovlig tilgjengeliggjøring. Videre fastsetter Høyesterett at saksøkte har foretatt *”forsettlig og meget klanderverdige medvirkningshandlinger”* etter som formålet med nettsiden, hvor linkene var lagt ut, var å gi andre tilgang til musikken. Det er ikke alltid ulovlige opplastede filer er lett tilgjengelig for nettbrukerne. En nettside som har til formål å systematisere og gjøre filene søkbare bidrar til å forsterke virkningene av opplastingene av filene. Formålet med utleggingen av linker må betydelig vektlegges i lignende helhetsvurderinger. Høyesterett fastslår videre at saksøkte utvilsomt har *”vært klar over at musikken var opplastet uten rettighetshavernes samtykke.”* Det var ikke tvil om at saksøkte visste at filene var ulovlig tilgjengeliggjort. Høyesterett kom til at saksøkte hadde forsterket virkningene av hovedmannens ulovlige tilgjengeliggjøring og fikk et medvirkningsansvar for brudd på opphavsmannens enerett.

Det er ingen tvil om at et strafferettslig medvirkningsansvar kan være aktuelt for linker. Likevel må det gjøres en helhetsvurdering i hvert enkelt tilfelle. Dersom formålet med linken er å gjøre det ulovlig utlagte materiale mer tilgjengelig for brukerne, må det i utgangspunktet svært mye til for at et medvirkningsansvar ikke skal bli aktuelt. Det er likevel et betydelig moment om utleggeren av linkene er klar over at filene er lagt ut ulovlig. Linker kan legges ut til lovlig utlagt materiale, men for å unngå et medvirkningsansvar bør dette undersøkes før en eventuell link legges ut. Unnlatelsesmomentet kan tale for at dersom utleggeren av linken har gjort noe for å hindre at det blir linket til ulovlig utlagt materiale kan han gå fri fra medvirkningsansvaret. Dette må likevel veies opp mot de andre relevante momentene.

⁵⁸ Rt. 2005 side 41 avsnitt 57.

⁵⁹ *ibid.* side 41 avsnitt 63.

Ettersom ansvarsfritak etter e-handelsloven ikke blir drøftet i Rt. 2005 side 41, tolker jeg dette som at ansvarsfritak ikke er aktuelt i spørsmål om medvirkningsansvar for linker.

5.5.6 Programutviklere

I dette kapittelet er det utviklere av programvare som kan benyttes til fildeling som blir drøftet. Utvikleren kan være en privat person eller et selskap. Likevel har ikke dette noen betydning for vurderingen. Forutsetningen i kapittelet er at programvaren blir brukt til ulovlig fildeling ettersom programvare som muliggjør deling av lovlig tilgjengeliggjorte filer ikke er interessant.

Utgangspunktet for vurderingen er i hvilken grad programvareutviklerne har foretatt noe som forsterker virkningen av hovedmannens ulovlig tilgjengeliggjøring.

Dette beror på en helhetsvurdering, alle relevante forhold tatt i betraktning. Her vil typiske relevante momenter hentet fra rettspraksis være relevante.

Formålet med programvaren vil være et godt startpunkt for drøftelsen. Dersom formålet er å hjelpe brukerne med å spre ulovlig tilgjengeliggjort materiale, taler dette for et medvirkningsansvar. Dette momentet kan også tale mot medvirkningsansvar dersom formålet er å dele materiale som ikke er opphavsrettslig beskyttet. Videre er kunnskapen om hva programvaren benyttes til relevant for drøftelsen. Dersom utviklerne vet at programvaren benyttes til ulovlig fildeling, vil dette tale for et medvirkningsansvar. For å unngå dette kan eksempelvis utviklerne selv endre programvaren slik at den vanskeliggjør ulovlig fildeling, eller brukere som driver med dette kan utestenges. Dersom utviklerne gjør noe for å hindre ulovlig fildeling gjennom programvaren sin, taler dette mot et medvirkningsansvar. Det må her antas at jo større befatning utviklerne har med programvaren etter den er offentliggjort, jo mer må kreves i forhold til å stanse ulovlig fildeling. Motsetningsvis må det kreves mindre av programvareutviklere som ikke har noen befatning med programvaren etter den er offentliggjort. Hvorvidt programvaren koster penger for brukerne kan også være et moment.

I en amerikansk høyesterettsavgjørelse hvor tvisten var om to produsenter av programvare for ”peer to peer” fildeling kunne holdes erstatningsansvarlig for medvirkning til de opphavsrettslige krenkelsene som brukerne stod for.⁶⁰ Selv om programvareprodusenten ikke hadde noen befatning med innholdet som ble delt mellom brukerne, ble resultatet i dommen at Grokster kunne holdes erstatningsansvarlig for medvirkning til krenkelser av opphavsretten. Retten la vekt på at programvareprodusentene hadde fra starten gitt uttrykk for at formålet med programvaren var at brukerne skulle laste ned vernede verk og videre oppfordret produsentene aktivt til krenkelser av opphavsrettsvernet. Videre påpeker retten at Groksters virksomhet hadde et klart kommersielt preg hvor det var viktig å tiltrekke så mange brukere som mulig for å generere annonseringsinntekter. Det var ikke nok at Grokster selv ikke hadde noen befatning med innholdet som ble delt mellom brukerne. I en lignende sak for norske domstoler ville samme helhetsvurdering måtte blitt gjort. Mye kan tale for at samme resultat hadde funnet sted her.

Ansvarsfrihetshjemlene i e-handelsloven er ikke relevant i drøftelsen av programutvikleres medvirkningsansvar ettersom den aktuelle mellommannen ikke overfører informasjon, gir tilgang til et kommunikasjonsnettverk eller lagrer informasjon for en tjenestemottaker, jf. ehl. §§ 16-18.

5.6 Fildelere under 15 år og erstatningsansvar

Det følger av strl. § 46 at ingen kan straffes for ”handling foretatt før det fylte 15 år”. I en ulovlig fildeling kan det tenkes at en eller begge hovedmennene er under 15 år. Selv om det ikke er aktuelt å ilegge straff for ulovlig tilgjengeliggjøring eller eksemplarframstilling for vedkommende under 15 år, kan det likevel være aktuelt med et medvirkningsansvar for mellommannen. Selv om ingen kan straffes for handling foretatt før en er fylt 15 år, kan likevel også barn i utgangspunktet bli erstatningsansvarlig.

Det følger av skl. § 1-1 at ”barn og ungdom under 18 år plikter å erstatte skade som de volder forsettlig eller uaktsomt”. Dette gjelder ”for så vidt det finnes rimelig under

⁶⁰ Grokster-dommen

hensyn til alder, utvikling, utvist atferd, økonomisk evne og forholdene ellers". Det må derfor foretas en rimelighetsvurdering i hvert enkelt tilfelle. Bestemmelsen lister opp noen typisk relevante momenter, men også "forholdene ellers" må vurderes. Dette må tale for at listen over relevante momenter ikke er uttømmende. Det er ikke satt noen aldersgrense for når et erstatningsansvar er aktuelt. Forarbeidene sier at det kun må være tale om erstatningsansvar under skoleplikter alder i "*klart ekstraordinære tilfeller*".⁶¹ Dette tyder på at et erstatningsansvar kun er aktuelt i helt spesielle situasjoner. Ulovlig fildeling krever en viss teknisk forståelse. Det må derfor tenkes at den praktiske grensen for erstatningsansvar for barn i rollen som opplaster eller nedlaster må inntre et sted hvor barnet eller ungdommen selv er i stand til å gjennomføre en fildeling rent teknisk uten at hjelp blir gitt. Dette må likevel vurderes i hvert enkelt tilfelle. Erstatningsansvar på grunnlag av medvirkning til ulovlig fildeling kan tenkes for barn eller ungdom under 18 år. Her må det også tenkes en praktisk grense nedover i alder. Typiske mellommannsroller, som programvareutviklere og internettleverandør, kan vanskelig tenkes for barn og ungdom. Det er imidlertid ingenting i veien for at et barn eller ungdom som selv har funnet ut hvordan fildeling gjøres over Internett lærer dette videre til andre jevnaldrende, eller bedriver psykisk medvirkning ved å påvirke jevnaldrende på annet måte. Det kan i slike tilfeller være snakk om et erstatningsansvar på grunnlag av medvirkning til ulovlig fildeling.

I utgangspunktet er det barnet selv som blir personlig erstatningsansvarlig. Likevel finnes det grunnlag for at foreldrene også kan bli objektivt ansvarlig. Det følger av skl. § 1-2 første ledd at foreldrene blir erstatningsansvarlig for skade voldt av barn og ungdom under 18 år dersom "*de har latt det mangle på tilbørlig tilsyn eller på annen måte ikke har gjort det som etter forholdene er rimelig å kreve av dem for å hindre skadeforvoldelse*". Dette kan tyde på at foreldrene har en plikt til hele tiden å gjøre potensiale for skade så liten som mulig. Dersom barnet eller ungdommen har tilgang til utstyr som kan benyttes til ulovlig fildeling kan det bety at foreldrene har en plikt til å gjøre sjansen for at utstyret brukes til nettopp dette så liten som mulig. Hvor langt denne handleplikten når er usikkert. Et objektivt ansvar for foreldrene kan være aktuelt hvor ikke foreldrene selv har forsøkt å hindre barnets ulovlige fildeling. I

⁶¹ Innst. I 1964 side 9-10.

bestemmelsens andre ledd følger det at foreldrene uansett blir erstatningsansvarlig for ”skade voldt av barn eller ungdom under 18 år som de bor sammen med og har omsorgen for”. Ansvarer begrenses til kr. 5000 for hver enkelt skadevolding. Her kan det oppstå spørsmål hvor barnet er opplaster eller nedlaster om gjentatt ulovlig deling av filer er en eller flere skadevoldinger. På samme måte kan det oppstå spørsmål, hvor barnet eller ungdommen er medvirker, om det er gjort en eller flere skadevoldende handlinger. Problemstillingen blir ikke drøftet videre. Det kan også tenkes situasjoner hvor barn, før de er fylt 15 år, legger ut eksempelvis linker til verk som beskyttet av opphavsretten på sin egen nettside eller blogg. Med slik utstrakt virksomhet, hvor det egentlig er snakk om straffansvar, kan barn ikke straffes for slik handling foretatt før de er fylt 15 år. Høyesterett sier i Rt. 2005 side 41 avsnitt 62 at krenkelsen av opphavsretten vedvarer så lenge opplasteren lar musikken ligge på Internett. Dette kan tale for at det er aktuelt med straffebelagt medvirkningsansvar for et barn ved fylte 15 år, selv om linkene er lagt ut før fylte 15 år, ettersom dette ville være en vedvarende krenkelse.

5.7 Informasjonsheleri

Selv om dette kapitlet har til hensikt å redegjøre for mellommannens medvirkningsansvar, er det interessant å drøfte om mellommennene kan direkte straffes for heleri i strl. § 317. Spørsmålet i dette delkapitlet blir derfor om mellommennene kan straffes for heleri på grunn av sitt utbytte av å tilrettelegge for ulovlig fildeling mellom opplastere og nedlastere.

Det følger av § 317 at ”den som mottar eller skaffer seg eller andre del i utbytte av en straffbar handling eller som yter bistand til å sikre slikt utbytte for en annen, straffes med bøter eller fengsel inntil 3 år”. ”*Det typiske tilfelle av heleri i tradisjonell forstand er kjøp av stjålne gjenstander.*”⁶² Dekningsområdet har blitt vesentlig utvidet og kan nå anvendes på mange forhold hvor noen blir begunstiget som følge av en kriminell handling.

⁶² Andenæs: ”Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene” side 482.

Forutsetningen for at det kan straffes for heleri er at det foreligger en ”straffbar handling”. *”Det kreves ikke at den straffbare handling som utbytte stammer fra, kan konkretiseres.”*⁶³ Dette må bety at det holder at utbytte kommer fra en straffbar handling og er ikke nødvendig at det blir bevist at utbytte kommer fra et eller flere konkrete straffbare handlinger. Likevel kan ikke et hvilken som helst straffbar handling som trolig har funnet sted svare til vilkåret. Det må på en eller annen måte sannsynliggjøres at utbytte kommer fra en straffbar handling. Noen problemer knyttet til denne sannsynliggjøringen kan tenkes. Om mellommannen i en fildeling har utført en straffbar handling er ikke alltid lett å avgjøre. Det finnes imidlertid klare eksempler på mellommenn som klart utfører en straffbar handling og mellommenn som ikke utfører noe straffbart. Det må være klart, som fastsatt i kap. 5.5.3, at søkemotorer og andre sammenlignbare mellommenn som legger til rette for at brukere skal enkelt finne frem til ulovlig tilgjengeliggjorte verk og i tillegg gjør det enkelt for brukere å dele verk, klart utfører en straffbar handling. Like klart må det være at tjenesteleverandører som ikke har noen befatning med informasjonen som videresendes eller lagres midlertidig på deres servere, ikke utfører noe straffbart. Det kan likevel være grensetilfeller hvor det er tvil om mellommannen utfører noe straffbart. Det må da gjøres en helhetsvurdering som gjort rede for i kap. 5.4.

Videre må det foreligge et ”utbytte” som følger av den straffbare handlingen. Utrykket innebærer ikke at bare rene penger er dekket, men det følger av første ledd siste punktum at likestilt med utbytte er ”gjenstand, fordring eller tjeneste som trer istedenfor utbytte”. På denne måten må alle typer av formuesgoder være dekket. Høyesterett har fastsatt at også informasjon man har fått på grunn av en straffbar handling er dekket av uttrykket.⁶⁴ Andenæs fastsetter at *”av hvilken karakter og hvor sterkt tilknytningsforholdet må være mellom primærforbrytelsen og utbytte, er ikke godt å si helt generelt”*. Han fastsetter videre at det *”må iallfall stamme fra det løsøre eller annet har vært gjenstand for en straffbar handling, men ikke nødvendigvis også må være fremskaffet ved en slik handling”*.⁶⁵ Mellommenn som utfører straffbar medvirkning til fildeling kan tenkes å generere utbytte på mange forskjellige måter. Det kan tenkes at

⁶³ Andenæs: *”Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene”* side 483.

⁶⁴ Rt. 1995 side 1872.

⁶⁵ Andenæs: *”Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene”* side 485.

brukere av mellommannens fildelingstjeneste krever et betalt medlemskap eller forskjellige aktører betaler for annonsering på nettsidene til mellommenn. Til og med inntekter salg av effekter som eksempelvis t-shirts kan være et utbytte som fremskaffes på grunn av fildelingstjenestene som mellommannen tilbyr. Det er ingen grunn til å tro at disse eksemplene faller utenfor utbyttebegrepet.

Det er ”den som mottar eller skaffer seg eller andre” del av utbytte av en straffbar handling som kan straffes. For mellommenn som generer utbytte på grunnlag av salg av medlemskap eller annonseringsinntekter er det mest nærliggende å anse dette som at mellommannen har ”skaffet seg” del av utbytte. Likevel kan det også tenkes at fysiske eller juridiske personer som er med på å gjøre inntjeningen mulig, skaffer andre del av utbytte. Her kan det imidlertid tenkes problemer i forhold til om det foreligger tilstrekkelig skyld.

Etter strl. § 40 må i utgangspunktet gjerningsmannen ha utvist forsett i forhold til alle elementer i gjerningsbeskrivelsen. Det følger imidlertid av § 317 sjette ledd at også uaktsomhet kan føre til straff. Viser til grunnlaget for å vurdere om det foreligger tilstrekkelig skyld i kap. 4.4.2. For mellommennene selv kan det vanskelig tenkes at ikke tilstrekkelig skyld foreligger. Likevel kan det, i tilfeller hvor mellommannen selv mener han ikke gjør en straffbar handling, tenkes at det ikke foreligger forsett, men heller uaktsomhet. Vurderingen av skyld er spesielt viktig i vurderingen om andre enn mellommannen kan straffes for heleri. Dette blir imidlertid ikke drøftet videre.

Heleribestemmelsen i § 317 åpner for anvendelse på tilfeller hvor mellommenn skaffer seg utbytte på grunnlag av medvirkning til krenkelse av opphavsretten. Ut i fra et allmennpreventivt synspunkt kan det være fornuftig at dette blir prøvd for domstolene spesielt i saker hvor mellommannen nærmest gjør store penger på medvirkningen. I grove overtredelser av heleribestemmelsen kan det straffes med bøter eller fengsel med en strafferamme på inntil 6 år. Om dette kan være aktuelt for medvirkere i fildelingssaker er usikkert. Uansett kan dette ha en avskrekkende effekt. Hvorvidt en mellommann kan straffes både for medvirkning til krenkelse av opphavsmannens økonomiske enerett etter åvl. § 54 og for heleri etter strl. § 317 er usikkert. Det må her

vurderes om ”straffebudene verner forskjellige interesser”.⁶⁶ Ettersom åvl. § 54 knytter seg til medvirkning til selve krenkelsen og strl. § 317 knytter seg til utbytte av en slik krenkelse, er det grunn til å tro at mellommannen kan straffes etter begge straffebudene.

⁶⁶ Eskeland: ”*Strafferett*” side 230.

6 Litteraturliste

6.1 Lov- og forarbeidsregister

- 1902 Almindelig borgerlig Straffelov ("strl.") av 22. Mai 1902.
- 1961 Lov om opphavsrett til åndsverk m.v. ("åvl.") av 12. Mai 1961 nr. 2.
- Ot. prp. nr. 26 (1959-1960)
 - Ot. prp. nr. 34 (1987-1988)
 - Ot. prp. nr. 15 (1994-1995)
 - Ot. prp. nr. 46 (2004-2005)
 - Innst. O (1925)
 - Innst. O. XI (1960-1961)
 - NOU 1983:35
- 1969 Lov om skadeserstatning ("skl.") av 13. Juni 1969
- Innst. O (1964)
- 1992 EØS-loven av 27. November 1992 nr. 109.
- 2003 Lov om visse sider av elektronisk handel og andre informasjonssamfunnstjenester ("ehl.") av 23. Mai 2003 nr. 35.
- Ot. prp. nr. 4 (2003-2004)
- 2005 Lov om straff ("ny strl.") av 20. Mai 2005.
- 2005 Lov om mekling og rettergang i sivile tvister ("tv1.") av 17. Juni 2005 nr. 90.
-
- 1960 Lag om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk 1960:729 ("Url.") (Sverige)
- 2006 Lov om ophavsret av 30. Juni 2006 nr. 763 ("Ohl.") (Danmark)

6.2 Forskrifter

- 2001 Forskrift til åndsverkloven av 21. desember 2001 nr. 1563 ("Utenlandsforskriften")

6.3 EU-direktiver og forordninger

EF direktiv 2000/31/EF Europaparlaments- og rådsdirektiv 2000/31/EF av 8. juni 2000 om visse rettslige aspekter ved informasjonssamfunnstjenester, særlig elektronisk handel, i det indre marked ("e-handelsdirektivet")

6.4 Dommer

6.4.1 Nasjonale dommer

Rt. 1908 side 790.

Rt. 1940 side 48.

Rt. 1953 side 633.

Rt. 1981 side 91.

Rt. 1984 side 91.

Rt. 1984 side 121.

Rt. 1991 side 1296.

Rt. 2004 side 1639.

Rt. 2005 side 41.

RG 2003 side 1268.

RG 2005 side 1627.

RG 2008 side 193.

RG 2010 side 171.

6.4.2 Utenlandske dommer

NIR 2003 side 161. (Finland)

MGM Studios vs. Grokster Ltd., 545 US 913 (2005) ("Grokster-dommen") (USA)

Stockholms tingsrätts dom av 17. April 2009 ("Pirate Bay-dommen") (Sverige)

6.5 Juridisk litteratur

- Andenæs, Johs: "*Alminnelig strafferett*" 5. utgave, 2004
- Andenæs, Johs: "*Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene*" 2. opplag, 2009
- Eskeland, Ståle: "*Strafferett*". 2. utgave, 2006.
- Gisle, Jon: "*Jusleksikon*". 3. utgave, 2007.
- Husabø, Erling Johannes: "*Straffansvarets periferi*". 1. utgave, 1999.
- Knoph, Ragnar: "*Åndsretten*". 1936.
- Rieber-Mohn, Thomas: "*Digital privatkopiering*". 1. utgave, 2010.
- Rognstad, Ole-Andreas: "*Opphavsrett*". 1. utgave, 2009.

6.6 Nettsider

Google

<http://www.google.com/support/websearch/bin/answer.py?hl=no&answer=58>

Pirate Bay

<http://thepiratebay.org/>

6.7 Intervjuer

Bjørn Rogstad, General Manager i EMI Music Norway intervjuet i kortfilmen "*Urospredere*" fra 2009.